

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

**O CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO NO ESTADO
CONSTITUCIONAL DE DIREITO: O NOVO REGIME
JURÍDICO ADMINISTRATIVO E SEUS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS ESTRUTURANTES**

Florianópolis, março de 2014.

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

**O CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO NO ESTADO
CONSTITUCIONAL DE DIREITO: O NOVO REGIME
JURÍDICO ADMINISTRATIVO E SEUS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS ESTRUTURANTES**

Tese submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD), Programa de Doutorado vinculado ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina (CCJ-UFSC), como requisito parcial para a obtenção do Título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ubaldo Cesar Balthazar (PPGD/UFSC)

Coorientador: Prof. Dr. João Manuel Ricardo Catarino (ISCSP/UTL)

Florianópolis
2014

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

CRISTÓVAM, JOSÉ SÉRGIO DA SILVA

O CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO NO ESTADO CONSTITUCIONAL
DE DIREITO : O NOVO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO E SEUS
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ESTRUTURANTES / JOSÉ SÉRGIO DA
SILVA CRISTÓVAM ; orientador, Ubaldo Cesar Balthazar ;
coorientador, João Manuel Ricardo Catarino. -
Florianópolis, SC, 2014.

379 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-
Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Interesse público. 3. Estado
constitucional de direito. 4. Regime jurídico
administrativo. 5. Princípios estruturantes. I. Balthazar,
Ubaldo Cesar. II. Catarino, João Manuel Ricardo. III.
Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-
Graduação em Direito. IV. Título.

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

A tese “*O conceito de interesse público no Estado constitucional de direito: o novo regime jurídico administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes*” foi julgada adequada como requisito parcial à obtenção do título de **Doutor em Direito – Área de Concentração Direito, Estado e Sociedade**, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC), sendo **APROVADA, com DISTINÇÃO e LOUVOR**, em sua forma final, pela Banca Examinadora.

Florianópolis, 31 de março de 2014.

Prof. Dr. Luiz Otávio Pimentel
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/UFSC)

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Ubaldo Cesar Balthazar
Presidente

Prof. Dr. José Isaac Pilati
Membro

Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart de Cademartori
Membro

Prof. Dr. Luiz Magno Pinto Bastos Júnior
Membro

Prof. Dr. Marcelo Harger
Membro

Prof. Dr. Samuel da Silva Mattos
Membro

CAMINANTE

Caminante, son tus huellas
el camino y nada más;
caminante, no hay camino,
se hace camino al andar.
Al andar se hace camino,
y al volver la vista atrás
se ve la senda que nunca
se ha de volver a pisar.
Caminante, no hay camino,
sino estelas en la mar.

(Antonio Machado – versos de Proverbios y cantares XXIX em Campos
de Castilla)

**À Josiane Antunes, com todo o amor
e o carinho do mundo, pelo que
fomos, pelo que somos e,
especialmente, pelo que seremos...**

**Aos meus estimados alunos e colegas
de docência do Centro Universitário
para o Desenvolvimento do Alto
Vale do Itajaí (UNIDAVI), por mais
de uma década de convivência
fraternal e irrestrita.**

AGRADECIMENTOS

A produção de um trabalho acadêmico, para ser mais exato de qualquer trabalho em geral, ainda que possa aparentemente representar o resultado de uma obra individual e solitária, na verdade traduz-se em faina conjugada e resultado de inumeráveis esforços, estímulos e sentimentos de comunhão. Aqui não é diferente. E a lista daqueles a quem devo impagável gratidão é extensa e de difícil hierarquização. Ao final e ao cabo de um longo trabalho não é dado saber ao certo qual gota de suor foi a mais importante, qual ombro amigo revigorou mais, qual sorriso ou palavra traduziu maior estímulo.

Assim, sem pretender esgotar o que é inesgotável e sem querer hierarquizar aquilo que o sentimento cuida de tornar plano e igual em importância, quero agradecer, primeiramente, ao Deus da vida, base espiritual da comunhão e do amor. Agradeço a toda a minha família, aos meus pais (Adão e Ercíria da Silva Cristóvam), meus irmãos (Edgar, Ondina, Elizeth, Luiz Carlos e Erieth), todos os meus sobrinhos e afilhados (Schaieni, Daniel, Taiane, Tayson, Nathan, Lanuxa, Glauco, Saimon, José Samoel, Junior Guilherme, Leonardo e Gabriela) e sobrinhos-netos (Alexandre (*in memoriam*), Agatha Sofia e Cauã). Todos vocês moram no meu coração e juntos formam uma sólida rocha a amparar-me o espírito e conduzir-me pelo correto caminho, uma presença constante que desconhece a geografia da distância.

Toda gratidão ao meu sorriso de luz e vida, a companheira Josiane Antunes, por todo o apoio nessa caminhada do doutorado, que com seu espírito leve e feliz fez tudo parecer menos impossível.

Especial agradecimento a todos os vários amigos que o tempo e o bom destino se encarregaram de trazer para enfeitar a caminhada, aos “velhos amigos” e aos “novos velhos amigos”, por todo o apoio recebido, das mais variadas formas e medidas, ou simplesmente por serem quem e como são. E já me penitenciando por imperdoáveis omissões involuntárias, destaco os nomes de Adécio Antunes, Claudino Ricardo, Cleber Lima Citadin, Cley Sandro Rosa, Daniel Reis Pereira, Denílson Vilvert, Eder Cleiton Nardelli, Fernando Cristóvão Burin, Guilherme de Almeida Bossle, Ismael Bellettini, Maiko Eskelsen, Marcos Vinícius Lopes, Margarete Antunes, Rafael Rodrigo Baldassari, Roberto Telles e Vinícius Cechinel de Moraes.

Um agradecimento sincero e fraterno ao meu orientador, Professor Doutor Ubaldo Cesar Balthazar, pela disposição em orientar, pela leitura atenta e paciente de todos os textos, pelas luzes lançadas sobre pontos obscuros e pelos diversos apontamentos sempre

convenientes e esclarecedores, que certamente trouxeram ao trabalho reflexões que aqui não estariam não fossem as suas positivas provocações. Gratidão que estendo integralmente ao meu coorientador, Professor Doutor João Manuel Ricardo Catarino, por todo o apoio recebido, com destaque para a acolhida fraternal no período de estudos realizados na bela e acolhedora Universidade de Lisboa, em meados de 2012 (Doutorado Sanduíche). Da mesma forma, agradeço profundamente a todos os membros da Banca de Qualificação e da Banca de Defesa Pública da presente tese, os Professores Doutores José Isaac Pilati, Luiz Henrique Urquhart de Cademartori, Luiz Magno Pinto Bastos Júnior, Marcelo Harger e Samuel da Silva Mattos, por todas as reflexões e os apontamentos críticos, que certamente contribuíram de forma aguda e decisiva para o necessário aprimoramento do trabalho.

Votos de gratidão, também, a todos os professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC) e do Centro de Ciências Jurídicas da UFSC (CCJ/UFSC), respectivamente nas pessoas do seu Coordenador Professor Dr. Luiz Otávio Pimentel e do seu Diretor Professor Luís Carlos Cancellier de Olivo, e em especial aos Professores Doutores Antonio Carlos Wolkmer, José Isaac Pilati, Odete Maria de Oliveira, Orides Mezzaroba e Sérgio Urquhart Cademartori, pela excelência das disciplinas ministradas ao longo do Curso de Doutorado.

Um registro de agradecimento, ainda, a todos os colegas do Curso de Doutorado do PPGD/UFSC, em especial aos amigos Antônio Marcos Gavazzoni, Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo, Julio Cesar Marcellino Jr., Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira Codonho e Paulo Potiara de Alcantara Veloso, pela convivência rica em experiências e pelo apoio na caminhada.

Um carinhoso e devotado agradecimento a todos os colegas do Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí (UNIDAVI) e da Escola Superior da Magistratura de Santa Catarina (ESMESC), onde atuo como Professor, por todo o carinho e o apoio recebidos, em especial a Carlos Roberto Claudino dos Santos, Célio Simão Martignago, Daniel Mayerle, Fúlvio Cesar Segundo, Jairo Luis Pasqualini, Joacir Sevegnani, Márcio Ricardo Staffen, Niladir Butzke, Nivaldo Machado e Viegand Eger.

Agradecimentos, ainda, aos colegas do Escritório Cristóvam & Palmeira Advogados Associados, onde exerço as atividades de advocacia e consultoria jurídica, em especial a Caio, Erones, Felipe, Heloíse, Juli Ane e Patrícia, pelo apoio e compreensão durante os repetidos períodos de ausência.

Um agradecimento especial, também, a todo o corpo de diretores, conselheiros, membros de comissões e funcionários da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de Santa Catarina (OAB/SC) e da Escola Superior de Advocacia da OAB/SC, onde atualmente participo como Conselheiro Estadual, membro da Diretoria da ESA-OAB/SC e membro das Comissões de Direito Constitucional e da Moralidade Pública, bem como aos colegas das lides acadêmicas e docentes, por todo o apoio recebido nessa caminhada, em especial a Alexandre Evangelista Neto, Alexandre Moraes da Rosa, Alexandre Ramos, Ana Cristina Ferro Blasi, André Luiz Dacol, Anselmo Machado, Carlos Henrique Machado, Douglas Phillips Freitas, Eduardo de Avelar Lamy, Eduardo de Mello e Souza, Eduardo Pizzolatti, Hélio do Valle Pereira, Gisela Gondin Ramos, George Daux, Jacson Nunes, José Vitor Lopes e Silva, Luiz Mário Bratti, Marcelo Ramos Peregrino Ferreira, Marcos Fey Probst, Marcus Antonio Luiz da Silva, Matheus Felipe de Castro, Maurício Probst, Mauro Prezotto, Orlando Celso da Silva Neto, Patrícia Lenzi, Paulo Marcondes Brincas, Paulo Rogério de Souza Milléo, Pedro de Menezes Niebuhr, Prudente José Silveira Mello, Rafael de Assis Horn, Rafael Graf, Rodrigo Brandeburgo Curi, Rodrigo Luis Broleze, Rogério Duarte da Silva, Rudimar Roberto Bortolotto, Rodrigo Valgas dos Santos, Ruy Samuel Espíndola, Samuel Martins dos Santos, Samuel da Silva Mattos, Sandra Krieger Gonçalves e Tullo Cavallazzi Filho.

Por fim, os agradecimentos a todos os diretores e funcionários do Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Estado de Santa Catarina (SINTE/SC) e do Sindicato dos Trabalhadores no Serviço Público Municipal de Florianópolis (SINTRASEM), onde presto assessoria e consultoria jurídica.

RESUMO

A leitura sistemática e axiológica da ordem constitucional brasileira permite a construção política e jurídica de um autêntico Estado republicano, social e democrático de direito, fundado em um sistema aberto de regras, princípios e valores constitucionais. Um modelo normativo marcado pela ampla positivação de diversos direitos e interesses individuais, coletivos e sociais, a incidir sobre uma realidade social complexa, dinâmica e ainda profundamente caracterizada por elevados níveis de desigualdade material. Isto demanda a construção de um Estado social prestacionista, capaz de assegurar a todos padrões mínimos de dignidade e cidadania, uma promessa emancipatória ainda distante no Brasil. Neste contexto, ressoa relevante a construção de um conceito de interesse público, capaz de dialogar com aquela noção política aberta, que se confunde com os próprios ideais de justiça material, igualdade substancial e com os direitos fundamentais, a fim de conduzi-la a contornos jurídicos mais restritivos, a partir daqueles interesses coletivos e sociais constitucionalmente assegurados. Esta disposição teórica entre interesses coletivos (públicos) e individuais (privados) contribui para a superação daquelas recorrentes situações de conflito concreto entre direitos e interesses contrapostos. O paradigma da ponderação proporcional de interesses remete às bases da nova hermenêutica constitucional, que marca o constitucionalismo de terceira dimensão (neoconstitucionalismo). A supremacia da Constituição, a aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais, a força normativa dos princípios constitucionais, que vinculam positivamente o Estado e a sociedade civil, todos estes elementos impõem a superação do paradigma tradicional da supremacia do interesse público, incapaz de responder a uma série de objeções de natureza lógica, epistemológica, axiológica, ideológica e conceitual-normativa. O renovado regime jurídico administrativo está fundado nos princípios estruturantes da dignidade humana, do Estado democrático de direito e no princípio republicano, o que reclama a construção de um modelo de Administração Pública democrática, com a reformulação de vários dos institutos e mecanismos que fundam o agir administrativo. Uma matriz menos imperativa, impositiva, assimétrica e verticalizada. Uma perspectiva fundada na consensualidade, na transparência, na construção de espaços abertos e democráticos de formação da decisão administrativa, no controle social e na eficiência da máquina pública. A ordem constitucional impõe a travessia para este Direito Administrativo renovado, mais democrático, republicano e inclusivo, capaz de pintar os

corredores das repartições públicas e colorir as praças e esquinas da nação com toda aquela aquarela de propostas constitucionais libertárias e emancipatórias.

Palavras-chave: Interesse público. Estado constitucional de direito. Regime jurídico administrativo. Princípios estruturantes. Supremacia do interesse público. Dignidade da pessoa humana. Estado democrático de direito. Princípio republicano.

ABSTRACT

The systematic and axiological reading of the Brazilian constitutional order permits the political and juridical construction of an authentic republican, social and democratic State of law, founded on an open system of constitutional rules, principles and values. A normative model characterized by an extensive positivization of several individual, collective and social rights and interests, which have their action on a complex and dynamic social reality, which is moreover deeply marked by high levels of material inequality. This requires the construction of a social State of prestation capable of ensuring the minimum standards of dignity and citizenship to everyone, an emancipatory promise still far in Brazil. In this context, it seems relevant the construction of a concept of public interest, capable of dialoguing with that open political notion, which coincides with the very ideals of material justice, substantive equality and fundamental rights, in order to lead it to more restrictive juridical outlines, from those constitutionally ensured collective and social interests. This theoretical arrangement between collective (public) and individual (private) interests contributes to overcome those recurrent situations of concrete conflict between rights and opposed interests. The paradigm of proportional balancing of interests refers to the bases of the new constitutional hermeneutics, which characterizes the third dimension constitutionalism (neo-constitutionalism). The supremacy of the Constitution, the direct and immediate applicability of fundamental rights, the normative force of constitutional principles that bind positively and negatively the State and civil society, all these elements lead to overcome the traditional paradigm of the supremacy of the public interest, unable to answer a series of objections of logic, epistemological, axiological, ideological and conceptual-normative nature. The renewed juridical administrative system is founded on the structuring principles of human dignity, of the democratic State of law and on the republican principle, which claims for creating a model of democratic Public Administration, including the reformulation of several institutes and mechanisms that found the administrative acting. A less imperative, imposing, asymmetrical and vertical matrix. A perspective based on consensuality, transparency, on the construction of open and democratic instances for the formation of the administrative decision, on the social control and the efficiency of the machinery of government. The constitutional order requires the crossing for this renewed Administrative Law, more democratic, republican and inclusive, capable to paint the corridors of government offices and to

color the squares and corners of the nation with all that watercolor of libertarian and emancipatory constitutional proposals.

Keywords: Public interest. Constitutional State of law. Juridical administrative system. Structuring principles. Supremacy of the public interest. Human dignity. Democratic State of law. Republican principle.

RIASSUNTO

La lettura sistematica e assiologica dell'ordinamento costituzionale brasiliano permette la costruzione politica e giuridica di un autentico Stato repubblicano, sociale e democratico di diritto, fondato su un sistema aperto di regole, principi e valori costituzionali. Un modello normativo marcato dall'ampia positivizzazione di diversi diritti e interessi individuali, collettivi e sociali, i quali incidono su una realtà sociale complessa, dinamica e ancora profondamente caratterizzata da elevati livelli di disuguaglianza materiale. Ciò richiede la costruzione di uno stato sociale di prestazione in grado di assicurare standard minimi di dignità e di cittadinanza a tutti, una promessa di emancipazione ancora lontana in Brasile. In questo contesto, pare rilevante la costruzione di un concetto di interesse pubblico, in grado di dialogare con quella nozione politica aperta, che si confonde con le proprie idee di giustizia materiale, uguaglianza sociale e con i diritti fondamentali, al fine di condurla a contorni giuridici più restrittivi, a partire di quegli interessi collettivi e sociali costituzionalmente assicurati. Questa disposizione teorica tra gli interessi (pubblici) e individuali (privati) contribuisce a superare quelle situazioni ricorrenti di concreto conflitto tra diritti e interessi contrapposti. Il paradigma di ponderazione proporzionale degli interessi rimette alle basi della nuova ermeneutica costituzionale, che caratterizza il costituzionalismo di terza dimensione (neocostituzionalismo). La supremazia della Costituzione, l'applicabilità diretta e immediata dei diritti fondamentali, la forza normativa dei principi costituzionali, che legano positivamente e negativamente lo Stato e la società civile, tutti questi elementi impongono il superamento del paradigma tradizionale della supremazia dell'interesse pubblico, incapace di rispondere a una serie di obiezioni di natura logica, epistemologica, assiologica, ideologica e concettuale-normativa. Il rinnovato regime giuridico amministrativo si fonda sui principi strutturanti della dignità umana, dello Stato democratico di diritto e nel principio repubblicano, che esige la costruzione di un modello di Amministrazione Pubblica democratica, con la riformulazione di molti degli istituti e meccanismi che fondano l'agire amministrativo. Una matrice meno imperativa, impositiva, asimmetrica e verticale. Una prospettiva fondata sulla consensualità, la trasparenza, la costruzione di spazi aperti e democratici di formazione della decisione amministrativa, nel controllo sociale e nell'efficienza della macchina del governo. L'ordine costituzionale impone l'attraversamento verso questo Diritto Amministrativo rinnovato, più democratico, repubblicano e inclusivo, in grado di dipingere i corridoi

degli uffici governativi e colorare le piazze e gli angoli della nazione con tutto quell'acquerello di proposte costituzionali libertarie e di emancipazione.

Parole chiave: Interesse pubblico. Stato costituzionale di diritto. Regime giuridico amministrativo. Principi strutturanti. Supremazia dell'interesse pubblico. Dignità della persona umana. Stato democratico. Principio repubblicano.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	23
2 PARA UM CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO	35
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	36
2.2 A EVOLUÇÃO DA NOÇÃO DE BEM COMUM NA HISTÓRIA DO PENSAMENTO POLÍTICO OCIDENTAL	39
2.2.1 A construção da ideia de bem comum na Antiguidade clássica: Platão, Aristóteles e Cícero.....	40
2.2.2 O bem comum na filosofia cristã da Idade Média: Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino	50
2.2.3 A reconstrução da noção de bem comum no pensamento político moderno: a moralidade política em Maquiavel e o conceito de vontade geral em Rousseau.....	54
2.3 SOBRE A NOÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO NO ESTADO MODERNO	65
2.3.1 O alvorecer do Estado moderno: o Estado Absolutista	67
2.3.2 Estado liberal de direito e interesse público.....	68
2.3.3 A noção de interesse público no Estado social de direito.....	72
2.3.4 Estado constitucional de direito e interesse público: breves aproximações	76
2.4 O NASCIMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO ESTADO MODERNO: SOBRE O PECADO AUTORITÁRIO ORIGINAL	79
2.4.1 Sobre a “história oficial” do nascimento do Direito Administrativo	80
2.4.2 Sobre a “outra história” do nascimento do Direito Administrativo e seus reflexos	84
2.5 INTERESSE PÚBLICO: CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO, MAS DETERMINÁVEL?	89
2.5.1 A doutrina clássica dos conceitos jurídicos indeterminados	90
2.5.2 O interesse público como conceito jurídico indeterminado determinável.....	97
2.6 O INTERESSE PÚBLICO NO DIVÃ: PARA UM CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO	100
2.6.1 Sobre a bidimensionalidade do conceito de interesse público: sentido amplo e sentido estrito.....	111

2.6.2 Algumas questões relevantes sobre o conceito de interesse público: pretensão de universalidade, competência para definição, aplicação em concreto e controle	116
---	------------

3 DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR À PONDERAÇÃO DE INTERESSES 123

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	124
---	------------

3.2 O PARADIGMA TRADICIONAL DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR E SEUS FUNDAMENTOS	126
---	------------

3.2.1 A construção histórica da noção de supremacia do interesse público	126
---	------------

3.2.2 A construção jurídica do princípio da supremacia do interesse público	130
--	------------

3.2.3 Os fundamentos da corrente reconstrutivista do princípio da supremacia do interesse público.....	132
---	------------

3.3 A CRÍTICA À TEORIA DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E A SUPERAÇÃO DO PARADIGMA TRADICIONAL.....	140
--	------------

3.3.1 A crítica lógica ao paradigma tradicional da supremacia do interesse público	141
---	------------

3.3.2 As críticas epistemológicas, axiológicas e ideológicas ao princípio da supremacia do interesse público.....	143
--	------------

3.3.2.1 As críticas epistemológicas e axiológicas	144
--	------------

3.3.2.2 As críticas ideológicas	151
--	------------

3.3.3 As críticas ao caráter conceitual-normativo da supremacia do interesse público	156
---	------------

3.3.3.1 Breve recuperação da distinção estrutural entre regras e princípios.....	157
---	------------

3.3.3.2 A insubsistência da supremacia do interesse público como princípio constitucional.....	161
---	------------

3.3.3.3 Pode-se aceitar a noção de supremacia do interesse público como um postulado normativo?.....	164
---	------------

3.4 HÁ FUNDAMENTO DE VALIDADE PARA UM PRINCÍPIO DO INTERESSE PÚBLICO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO?.....	166
--	------------

3.4.1 O princípio do interesse público na ordem infraconstitucional.....	167
---	------------

3.4.2 O interesse público como princípio constitucional implícito.....	171
---	------------

3.4.3 A não retomada do paradigma tradicional.....	175
---	------------

3.5 O PARADIGMA DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES	178
3.5.1 Sobre a teoria da proporcionalidade e o paradigma da ponderação de interesses.....	182
3.5.1.1 A ausência de relação de sinonímia entre proporcionalidade e razoabilidade	183
3.5.1.2 A proporcionalidade como máxima ou postulado normativo	186
3.5.1.3 O fundamento de validade constitucional da proporcionalidade.....	188
3.5.1.4 A proporcionalidade e as submáximas da adequação e da necessidade.....	189
3.5.1.5 A ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito	192
3.5.2 O paradigma da ponderação de interesses e a concretização da ordem constitucional.....	195

4 O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E O NOVO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO	221
4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	221
4.2 O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO: UM DIÁLOGO NECESSÁRIO	222
4.2.1 As teorias do neoconstitucionalismo e os contornos do paradigma emergente.....	234
4.2.2 O garantismo jurídico e os canais de diálogo com a teoria da ponderação de interesses.....	243
4.3 DO PARADIGMA TRADICIONAL AO PARADIGMA EMERGENTE: A NECESSÁRIA TRAVESSIA PARA O NOVO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO	249
4.3.1 Para um conceito de regime jurídico: breves considerações.....	250
4.3.2 As bases do regime jurídico administrativo no paradigma tradicional.....	252
4.3.3 O novo regime jurídico administrativo: a superação da vinculação à legalidade administrativa pela vinculação à juridicidade administrativa	256
4.4 OS PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DO NOVO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO.....	266
4.4.1 A dignidade da pessoa humana como princípio constitucional estruturante	268
4.4.1.1 Antecedentes históricos e filosóficos	270

4.4.1.2 A dignidade humana como princípio axiológico fundamental	274
4.4.2 O Estado democrático de direito como princípio constitucional estruturante.....	283
4.4.2.1 Algumas teorias da democracia: breves pinceladas sobre um quadro em constante construção	285
4.4.2.2 O Estado democrático de direito como princípio fundamental	292
4.4.3 O princípio republicano como princípio constitucional estruturante	302
4.4.3.1 Antecedentes históricos e filosóficos da noção de República: a busca do “elo substantivo perdido”.....	304
4.4.3.2 O princípio republicano como princípio axiológico fundamental	309
4.4.3.3 Princípio republicano e prerrogativas da Administração Pública: um debate necessário	314
5 CONCLUSÃO.....	329
REFERÊNCIAS.....	341

1 INTRODUÇÃO

A presente tese de Doutorado em Direito, vinculada à Área de Concentração “Direito, Estado e Sociedade” e desenvolvida, mais especificamente na Linha de Pesquisa “Direito, Estado e Constituição”, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC), guarda estreitas relações teóricas com as searas da Teoria do Direito, da Filosofia Constitucional e do Direito Administrativo, sendo seu tema central o seguinte: o conceito de interesse público no Estado constitucional de direito.

Para a delimitação do tema, parte-se da construção do conceito de interesse público no Estado constitucional de direito, com a superação do paradigma tradicional da supremacia do interesse público sobre o privado, com vistas à edificação das bases de um renovado regime jurídico administrativo, fundado nos princípios constitucionais estruturantes da dignidade da pessoa humana, do Estado democrático de direito e do princípio republicano, sobre os esteios do Estado constitucional de direito.

Sobre as justificativas do presente estudo, importa salientar inicialmente que o debate e a contraposição teórica do paradigma tradicional da supremacia do interesse público, não se justificam somente pela via do proveito conceitual e sistemático da disciplina jurídico-administrativa e do consequente refinamento do seu processo de aplicação na prática do agir administrativo. Por certo, a partir das teorias que informam o marco do Estado constitucional de direito e do chamado “constitucionalismo de terceira dimensão”, de matriz marcadamente pluralista, social e democrática, afloram diversas possibilidades de redefinição do regime jurídico administrativo e dos seus princípios constitucionais estruturantes. A referência a um “constitucionalismo de terceira dimensão” vem amparada na ideia de superação tanto das concepções liberal-individualistas do Estado abstencionista, que marcou o início do constitucionalismo moderno (“constitucionalismo de primeira dimensão”), como do modelo de Estado social prestacionista, comum à segunda onda do constitucionalismo moderno (“constitucionalismo de segunda dimensão”).

A superação daquela modelagem verticalizada do regime administrativo, fundado no princípio da supremacia do interesse público, traz consigo a necessidade de uma ampla reestruturação de vários institutos e conceitos ainda tradicionalmente reproduzidos, quase sem contestação, por boa parte da doutrina nacional e pelo conjunto de

decisões dos tribunais, embora já dissonantes da matriz jurídico-administrativa contemporânea, tanto do ponto de vista lógico e axiológico como sob o prisma normativo-constitucional. Tal superação justifica, inclusive, a revisão do modelo assimétrico e verticalizado de prerrogativas administrativas, algumas das quais amplamente desprovidas de respaldo constitucional, além do redimensionamento de uma série de princípios constitucionais administrativos, como a segurança jurídica, a proteção da confiança legítima dos cidadãos, a boa-fé, o controle social e democrático da Administração Pública etc. Esta temática não reclama apenas meras respostas da comunidade jurídica, demanda sim que sejam adequadas e afinadas com a nova ordem constitucional.

A relevância e atualidade do debate transcendem o domínio acadêmico, prolongando-se até algumas discussões diretamente afetas ao próprio *deficit* de legitimação que assombra os poderes constituídos, em especial a Administração Pública. A partir do emprego temperado e sistemático dos novos vetores normativos estruturantes do regime jurídico administrativo, pretende-se contribuir com a necessária reestruturação das linhas conceituais e operativas da disciplina jurídico-administrativista, ainda sedimentada preponderantemente sobre uma concepção de constitucionalismo e de Estado de direito há muito superada, porque incapaz de responder à crescente e multifária problemática de uma sociedade cada vez mais complexa e dinâmica.

Importa, desde logo, esclarecer que a teoria de base sob a qual gravita este trabalho guarda relação com algumas das teses comuns ao chamado “neoconstitucionalismo”, a partir do modelo de Estado constitucional de direito típico do constitucionalismo de terceira dimensão. No Brasil, esta perspectiva assume a formatação política e normativa de um Estado republicano, social e democrático de direito, a assentar o edifício da normatividade constitucional sobre o alicerce da ideia de supremacia da ordem constitucional, da primazia dos direitos fundamentais (individuais e sociais) e da força normativa de um sistema aberto de regras e princípios constitucionais, com aplicabilidade direta e imediata por todas as estruturas político-institucionais, irradiando uma perspectiva axiológica que vincula positiva e negativamente tanto o Estado como a sociedade em geral.

Convém assentar, por outro lado, que a referência de destaque (teoria de base) às concepções teóricas que conformam o neoconstitucionalismo não significa a sua integral aceitação e indiscriminada aplicação. Na verdade, enquanto fenômeno teórico, político e filosófico, o neoconstitucionalismo não pode ser reconhecido

como uma proposta acabada de teoria do Direito, tanto que por vezes alberga doutrinas, métodos de análise do discurso jurídico e concepções político-filosóficas até entre si contraditórias. Para os contornos do presente trabalho, a referência ao modelo de neoconstitucionalismo situa-se com maior ênfase nas preocupações relacionadas à consolidação de uma teoria forte de supremacia da Constituição, da eficácia dos direitos fundamentais, da força normativa dos princípios constitucionais e da construção de um sistema aberto de raciocínio jurídico (ponderação, argumentação jurídica e raciocínio tópico-sistemático de interpretação e aplicação do Direito).

Mas a alusão ao modelo ponderacionista de raciocínio jurídico não pode vir desacompanhada de um conjunto de procedimentos, métodos de aplicação e limites que assegurem a efetiva racionalidade e o alcance dos seus legítimos e essenciais desideratos, a garantia da supremacia da Constituição, a concretização do modelo material de justiça sobre o qual se funda o Estado constitucional de direito e defesa e a promoção dos direitos fundamentais.

Na órbita dessas concepções teóricas é que gravitam os debates e abordagens relacionados à (re)discussão do conceito de interesse público, à superação do princípio da supremacia do interesse público e à (re)definição do regime jurídico administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. A construção de um modelo de Administração Pública democrática envolve a (re)formulação de vários dos mecanismos e instrumentos que fundam o agir administrativo e sua relação com a sociedade civil.

A otimização das potencialidades aplicativas do novo regime jurídico administrativo exige a construção de uma matriz administrativa menos imperativa, impositiva, assimétrica e verticalizada. O Estado constitucional de direito reclama um agir administrativo sob a perspectiva da consensualidade, da transparência, da construção de espaços abertos e democráticos de formação das decisões administrativas, do controle social e da eficiência da máquina pública. Em outras palavras: tem-se em vista um Estado que supere aquela tradicional ótica do horizonte social, político e jurídico sob arcaicas lentes que ainda veem súditos em vez de cidadãos, e que ainda aplicam muito mais um direito da Administração Pública do que aquele novo Direito Administrativo constitucionalizado, que brota cristalino dessa revigorada ordem constitucional e reclama aplicação direta, imediata e impositiva, inclusive em larga medida independente de mediações legislativas.

A partir dessas breves incursões sobre alguns dos debates recorrentes no decurso do trabalho, para a adequada condução dos estudos e pesquisas sobre a temática acima delimitada, são formulados quatro problemas centrais:

1. Sobre quais fundamentos conceituais e normativos é possível erigir um conceito de interesse público afinado com o sistema constitucional brasileiro?

2. No atual modelo de Estado constitucional de direito há fundamentação de ordem lógica, epistemológica, axiológica, ideológica e conceitual-normativa para a manutenção do paradigma tradicional da supremacia do interesse público, como princípio estruturante do regime jurídico administrativo?

3. Até que ponto e sobre quais parâmetros o modelo de Estado constitucional de direito sobre o qual se funda a ordem constitucional brasileira recepciona o paradigma da ponderação de interesses?

4. Quais são os princípios estruturantes do novo regime jurídico administrativo e quais os seus principais parâmetros e implicações na redefinição dos limites e contornos dos institutos e conceitos do Direito Administrativo tradicional?

Estes quatro problemas centrais levam à veiculação de algumas considerações iniciais, que podem ser formuladas nas seguintes hipóteses básicas:

1. A ordem constitucional brasileira permite a construção de um conceito bidimensional de interesse público, tanto a partir de uma noção político-axiológica (sentido amplo), que se confunde com os ideais de justiça material, igualdade substancial, direitos fundamentais e com os próprios fundamentos de um Estado republicano, social e democrático de direito, quanto pela via de uma concepção de caráter jurídico-normativo (sentido estrito), situada naqueles interesses coletivos e sociais constitucionalmente assegurados, a partir de uma diferenciação entre interesses públicos (coletivos) e interesses privados (individuais).

2. O advento da Constituição Federal brasileira, marco político e normativo da construção do Estado constitucional de direito no Brasil, trouxe consigo o acirramento da crise de justificação lógica, epistemológica, axiológica, ideológica e conceitual-normativa do paradigma tradicional da supremacia do interesse público, que não passa por qualquer teste hermenêutico de legitimidade constitucional, o que impõe a sua superação como fundamento estruturante da disciplina jurídico-administrativa.

3. Neste Estado constitucional, um autêntico modelo de Estado social e democrático de direito, fundado em um sistema aberto de regras

e princípios constitucionais, a consagração de diversos direitos e interesses individuais, coletivos e sociais, agasalhados no seio de uma sociedade complexa, dinâmica e altamente carente de prestações estatais como a brasileira, induz a uma insuprimível e recorrente situação de conflito concreto entre direitos e interesses contrapostos, o que faz emergir um novo paradigma para o discurso contemporâneo, a ponderação proporcional de interesses, sobre as bases da nova hermenêutica constitucional.

4. Afastado o paradigma tradicional da supremacia do interesse público, o modelo de Estado constitucional de direito traz como princípios estruturantes do renovado regime jurídico administrativo a dignidade humana, o Estado democrático de direito e o princípio republicano, trindade axiológico-normativa a exigir uma consequente reformulação das bases teóricas da disciplina jurídico-administrativa, com a redefinição dos contornos e limites de vários dos seus institutos tradicionais, oxigenados pela favorável atmosfera constitucional e pela perspectiva da juridicidade administrativa.

Na tentativa de estabelecer adequadas linhas e parâmetros para o melhor desenvolvimento da tese, são fixadas algumas variáveis:

1. Interesse público;
2. Princípio da supremacia do interesse público;
3. Estado constitucional de direito;
4. Paradigma da ponderação de interesses;
5. Regime jurídico administrativo;
6. Princípio da dignidade da pessoa humana;
7. Estado democrático de direito;
8. Princípio republicano.

Como objetivo geral da tese, pretende-se investigar as bases constitucionais para a construção de um conceito de interesse público compatível com o modelo de Estado constitucional de direito, fundamento do novo regime jurídico administrativo, assentado sobre os princípios estruturantes da dignidade humana, do Estado democrático de direito e sobre o princípio republicano.

A conformação deste objetivo geral traz a necessidade de especificação e detalhamento de três correspondentes objetivos específicos:

1. Analisar a evolução do conceito de interesse público, desde a sua ancestral raiz política vinculada à clássica noção de bem comum, com a passagem em revista dos modelos típicos do Estado moderno, até os seus atuais contornos comuns ao marco normativo brasileiro de um Estado republicano, social e democrático.

2. Discutir as razões de superação do paradigma tradicional da supremacia do interesse público, a partir de uma perspectiva lógica, epistemológica, axiológica, ideológica e conceitual-normativa, com a construção das bases teóricas e normativas do modelo de ponderação de interesses, fundado na máxima ou postulado instrumental da proporcionalidade.

3. Demonstrar os contornos teóricos e filosóficos do modelo de Estado constitucional de direito, sobre os quais são cimentadas as bases estruturantes do renovado regime jurídico administrativo, a partir da construção relacional dialética, dinâmica e dialógica da trindade principiológica da dignidade humana, do Estado democrático de direito e do princípio republicano, densificados pelo sistema normativo constitucional e pela complexa teia de ponderações legislativas, administrativas e judiciais, refinadas pela sofisticada costura sistemática e integrativa do fio instrumental da juridicidade administrativa (paradigma emergente).

O método de abordagem definido para a tese é o indutivo. O método de procedimento de pesquisa é o monográfico. A técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica, a partir de fontes primárias (basicamente legislação constitucional e infraconstitucional brasileira) e secundárias (livros sobre temáticas específicas, manuais, artigos de revistas especializadas em suporte físico e digital, teses e dissertações).

O trabalho está estruturado em três capítulos, com o primeiro centrado no debate em torno do conceito de interesse público. A construção de uma noção de interesse público, compatível com o modelo de Estado constitucional de direito contemporâneo, requer a necessária recuperação da evolução da ideia de bem comum na história do pensamento político ocidental.

A filosofia política aristotélica permite a edificação de uma dimensão organicista de bem comum, sob a perspectiva da convivência política como traço natural e inerente à condição humana, essencial para o alcance do bem supremo, que é a felicidade (vida digna e feliz). Mas esta noção de bem comum não reflete qualquer concepção individualista de homem, porquanto fundada na dinâmica da ação política na esfera pública (convivência na *pólis*), com base nas ideias de prudência e virtudes morais que devem conduzir as ações individuais virtuosas, o que leva a entender que o bem de uma pessoa deve contribuir para (e representar) o bem de todos, cada qual segundo as suas habilidades e funções dentro da sociedade.

As virtudes morais levariam o indivíduo a abdicar de interesses egoísticos em favor do bem geral da comunidade, o que ampara a

difundida máxima aristotélica segundo a qual o todo vem antes das partes. Esta concepção organicista de bem comum é recuperada pela doutrina tomista, quando sustenta que o homem somente encontra a paz e a união na convivência em comunidade, que conduz ao “bem comum perfeito” – a felicidade ou beatitude.

No alvorecer da Modernidade aquela noção organicista de bem comum começa a sofrer um processo de erosão política e filosófica, assaz evidente a partir do realismo maquiaveliano e sua análise pessimista da natureza humana, o que funda um novo modelo de moralidade política, diretamente vinculado às necessidades do agir humano e avesso à tradição ocidental da moralidade cristã. A filosofia política maquiaveliana funda a perspectiva do bem comum em um conjunto de virtudes cívicas, de forte jaez nacionalista e patriótico, a partir da defesa de que ao governante é dado fazer tudo o que for necessário para manter a segurança e a unidade do Estado.

A concepção rousseauiana de bem comum funda-se na ideia de vontade geral, canal de integração dos interesses que cada pessoa tem em comum com os demais, aquilo que há de comum no conjunto das vontades individuais. Sua doutrina política propõe uma dimensão individualista de moralidade política, a partir de dois princípios racionais fundamentais: a igualdade política (participação de todos na soberania do corpo social) deve ser acompanhada de um imprescindível nível de igualdade substancial; a liberdade moral deve ser limitada apenas pela soberania da vontade geral.

Esta recuperação da concepção de bem comum na história do pensamento político ocidental oferece as bases para o debate sobre a noção de interesse público no Estado moderno, desde o seu alvorecer absolutista e dependente da vontade do governante soberano, passando pelo modelo de Estado legislativo liberal-abstencionista, de matiz claramente individualista e negativo, bem como pelo hipertrofiado Estado social de direito, quando a dimensão do interesse público reforça a recuperação daquela vocação organicista de bem comum e de primazia do interesse público sobre o interesse privado.

Para o debate dos contornos da noção de interesse público no Estado constitucional de direito, recupera-se, ainda, a discussão sobre o nascimento do Direito Administrativo no Estado moderno, inclusive com a análise da sua possível genética autoritária (pecado autoritário original), que ainda irradia efeitos normativos, axiológicos e ideológicos sobre a disciplina jurídico-administrativa, sobretudo pela via do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular e o

decorrente conjunto de prerrogativas e privilégios da Administração Pública.

Todo este debate suscita elementos essenciais para a construção da ideia de interesse público no Estado constitucional de direito. Uma perspectiva aberta, dinâmica e plurissignificativa que, além de agasalhar o amplo plexo de interesses coletivos e sociais eleitos pelo legislador constituinte, precisa também estar disposta a um contínuo diálogo com o sistema de regras e princípios que asseguram os direitos fundamentais do indivíduo, aqueles valores normativos individuais que também fundam a ordem constitucional, sem qualquer hierarquia genética ou supremacia abstrata e apriorística.

Isto impõe, inclusive, a necessária travessia do paradigma tradicional da supremacia do interesse público sobre o particular para o marco da ponderação de interesses, objeto do segundo capítulo. Uma ruptura conceitual, normativa e (sobretudo) axiológica e ideológica que não navega apenas por águas calmas e transparentes, até porque viagens submetidas a repentinas mudanças de rota, que deslizam por canais sujeitos a recorrentes percalços políticos, jurídicos e institucionais, não costumam manter linearidade e plena continuidade.

A superação da doutrina tradicional da teoria da supremacia conduz o debate basicamente por cinco vetores centrais: a crítica à insubsistência lógica, epistemológica, axiológica, ideológica e conceitual-normativa. Do ponto de vista lógico, sustenta-se que não há qualquer justificativa para a defesa de um princípio de supremacia apriorística do interesse público sobre o privado, sobretudo a partir de uma perspectiva abrangente e totalizante de interesse público, a ponto de abarcar todos os interesses assegurados pela ordem normativa, o que impõe reconhecer a inutilidade e a clara tautologia de um princípio que assegura que o que prevalece sempre prevalecerá!

Na dimensão epistemológica, a teoria da supremacia vem fundada em uma concepção organicista de interesse público, de forte genética autoritária e autocrática (estatal), incapaz de dialogar adequadamente com o marco constitucional do personalismo, fundado no princípio da dignidade humana e no Estado democrático de direito. Essa também representa, em parte, a objeção axiológica, fundada no inequívoco deslocamento do epicentro da normatividade constitucional do Estado (teoria da supremacia do interesse público) para a pessoa humana e para a defesa e promoção dos direitos fundamentais (individuais e sociais). No mesmo quadrante, do ponto de vista ideológico, longe de uma romântica concepção de fomento a um Estado republicano, social e democrático de direito, a teoria da supremacia

acaba por facilitar e mesmo escamotear verdadeiros aparelhamentos de interesses mesquinhos e egoísticos dos “donos do poder”, visceralmente enraizados no Estado brasileiro pelas generosas brechas de indeterminação e vagueza da noção de interesse público.

Há, ainda, uma crítica conceitual e normativa ao referido princípio da supremacia do interesse público, com a firme contestação da sua genética principiológica, uma vez que a noção de supremacia do interesse público não ostenta qualquer dimensão qualitativa ou funcional de princípio jurídico. Nem mesmo pode ser reconduzido à categoria de postulado normativo, o que o desconstitui enquanto norma estruturante do regime jurídico administrativo. Pode-se sustentar a existência, isso sim, do princípio do interesse público, fundado no princípio constitucional republicano, mas sem qualquer predisposição (forte ou fraca) de prevalência abstrata e apriorística.

Todas estas objeções conduzem à superação da doutrina da supremacia do interesse público e à construção do paradigma da ponderação de interesses, um modelo aberto, dinâmico e fundado no marco conceitual da máxima ou postulado da proporcionalidade, com os seus elementos instrumentais constitutivos da conformidade ou adequação dos meios, da exigibilidade ou necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação de interesses.

No paradigma da ponderação de interesses não há espaço para concepções apriorísticas e abstratas de supremacia de direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. A única prevalência é da própria ordem constitucional, o que impõe como original obrigação de todos os poderes constituídos a defesa e a promoção otimizada dos direitos fundamentais (individuais, coletivos e sociais). Isto a partir da densificação da ordem constitucional, submetida a um escalonamento ponderativo, desde as ponderações e escolhas normativas do legislador constituinte, passando pelas ponderações legislativas de concretização da vontade constitucional, até as ponderações administrativas e judiciais.

Em todas estas dimensões, sobretudo nas esferas administrativas e judiciais de concretização do sistema axiológico de regras e princípios constitucionais, a aplicação do modelo de ponderação proporcional exige a justificação racional das razões conformadoras da decisão ponderativa. A ausente ou deficitária justificação racional da decisão que resolve um conflito de interesses reflete a usurpação da legítima vontade constitucional e o autoritário decisionismo, um quadro a ser combatido ou controlado a partir de um sólido modelo de argumentação

jurídica, capaz de assegurar limites razoáveis de justificação racional dos processos ponderativos.

Este quadro de superação do paradigma tradicional da supremacia do interesse público conduz ao necessário debate em torno dos novos princípios estruturantes do regime jurídico administrativo no Estado constitucional de direito, temática central do terceiro capítulo. No Brasil, os fortes ventos do fenômeno de constitucionalização do Direito oxigenaram vivamente aquela ordem constitucional nascida com a Constituição Federal, irradiando reflexos de constitucionalização para todos os ramos do discurso jurídico. Em especial no Direito Administrativo, que passa a contar com um autêntico sistema constitucional de regras e princípios administrativos capazes de espalhar efeitos normativos e alcançar a ampla estruturação da disciplina jurídico-administrativa.

A partir das teorias cimeiras desse constitucionalismo de terceira dimensão, amplamente difundido sob o rótulo de neoconstitucionalismo, em especial a defesa da supremacia da Constituição, a aplicação direta e imediata dos direitos e garantias fundamentais, a normatividade axiológica dos princípios constitucionais e a nova hermenêutica constitucional, ressurgem um renovado regime jurídico administrativo, fundado na unidade da trinca principiológica estruturante da dignidade humana, do Estado democrático de direito e do princípio republicano, um modelo aberto, dinâmico, dialético e dialógico que pretende a superação daquela concepção impositiva, imperativa e autocrática da Administração Pública, com a construção de uma perspectiva compromissada com o respeito aos direitos e garantias dos cidadãos, a consensualidade e a participação social na formação das decisões administrativas, o que pode ser sintetizado na ideia de Administração Pública democrática.

O princípio estruturante da dignidade humana reclama uma profunda ruptura com qualquer dimensão estática de autoritarismo estatal, pela via do respeito formal e material aos direitos e interesses dos cidadãos. Isto impõe, apenas para exemplificar, a redefinição da força normativa de princípios como a segurança jurídica, a proteção da confiança legítima, a boa-fé e os direitos fundamentais na seara do Direito Administrativo sancionatório.

O Estado democrático de direito, entendido como princípio axiológico estruturante do regime jurídico administrativo, exige a abertura para um modelo de Administração Pública democrática, fundada na efetiva participação da sociedade nas esferas de decisão administrativa, na escolha das prioridades para a ação estatal, no

controle social do Poder Público, o que exige eficiência administrativa na prestação de serviços públicos, na gestão da máquina pública e no controle dos resultados do agir administrativo.

A redefinição dos contornos procedimentais e, sobretudo, materiais do princípio republicano permite uma ampla rediscussão do modelo de prerrogativas administrativas, fundadas em um superado vetor de assimetria e verticalização do Poder Público sobre os cidadãos, a ser substituído pela perspectiva da horizontalidade, da consensualidade e da transparência do agir administrativo, elementos de concretização política e jurídica de uma nova vocação democrática e republicana da Administração Pública, muito mais afinada com a ordem constitucional brasileira e com as melhores expectativas da sociedade.

A aprovação da presente tese de Doutorado não representa o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e do PPGD/UFSC ao conjunto de ideias e considerações sobre as quais se fundamenta ou que nela são expostas.

2 PARA UM CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO

A atual ordem constitucional brasileira, inaugurada com o advento da aclamada “Constituição Cidadã”, veio a lume em meio a uma atmosfera festiva e cercada de alvissareira esperança democrática. É certo, porém, que, embora quase vencidas as suas três primeiras décadas e, por assim dizer, atingida a “maioridade civil” da (ainda política e socialmente infante) “abertura democrática brasileira”, há ainda um considerável *deficit* de concretização de várias das promessas constitucionais, o qual vem sendo atenuado, é bem verdade, nos últimos anos. Aparentemente, a Constituição da República Federativa do Brasil,¹ multicolorida pela vivificadora e extensa aquarela de direitos sociais constitucionalizados, começa por dar sinais de fenecimento (ou, quem sabe, somente momentânea saturação), dada a rarefeita concretização de algumas das suas promessas emancipatórias, libertárias e de igualdade social.

Por outro lado, resta inegável a profunda virada jurídico-metodológica operada a partir da Constituição Federal, com o estabelecimento de uma prodigiosa carta de direitos fundamentais, que erigiu a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III da CF/88), procedendo a um insofismável deslocamento do epicentro da ordem normativa constitucional das competências e da estruturação dos poderes do Estado para a pessoa humana.

Esse inequívoco movimento de “personalização da ordem constitucional” implica a necessária revisão de uma série de institutos que povoam os mais diversos ramos jurídicos. E o Direito Administrativo não está imune a esses formidáveis ventos de constitucionalização,² empreendimento que pode ser promovido, v.g., a

¹ Nas próximas ocorrências, a indicação à primavera Constituição da República Federativa do Brasil será realizada a partir das referências abreviadas “Constituição Federal” e “Constituição Cidadã”, ou, ainda, como “CF/88”, nos casos de indicação entre parênteses de algum artigo do texto constitucional. Para essa e para as demais referências à Constituição no decorrer do trabalho, consultar: BRASIL. Congresso Nacional. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Institui a Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 09 jan. 2014.

² O debate acerca da “constitucionalização do Direito”, no modelo do Estado constitucional de direito e do neoconstitucionalismo, será retomado no item 3.2

partir do debate crítico acerca da “supremacia do interesse público”, comumente considerado a pedra de toque e efetivo princípio estruturante do regime jurídico administrativo.

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No Brasil, a “tradicional” doutrina administrativista que assenta o regime jurídico administrativo sob as balizas do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular,³ amplamente difundida e aceita quase sem contestação, passou mais recentemente a sofrer uma série de importantes e qualificadas críticas, que propõem uma sofisticada releitura do regime jurídico administrativo, a partir dos paradigmas do Estado constitucional de direito, da teoria dos direitos fundamentais e da ponderação de interesses.⁴

Conforme já se disse alhures,⁵ a ideia da supremacia do interesse público, alçada à condição de “verdadeiro axioma do moderno Direito Público”,⁶ acabou por ser entronada no posto máximo e inapelável de

do capítulo terceiro. Para uma panorâmica análise desse movimento, a partir do marco do neoconstitucionalismo, consultar: BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, ano 81, p. 233-289, 2005.

³ O estudo do princípio da supremacia do interesse público, enquanto princípio estruturante do regime jurídico administrativo, será realizado no item 2.2 do capítulo segundo. Desde já, para uma análise da teoria clássica da supremacia do interesse público, indica-se a obra do seu maior difusor na literatura jurídica nacional: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 58-62.

⁴ A análise crítica do princípio da supremacia do interesse público, a partir das teorias da ponderação de interesses, será realizada no item 2.3 do capítulo segundo. Para um estudo panorâmico, consultar: BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008; SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

⁵ Algumas das considerações sobre o conceito de interesse público no Estado constitucional de direito, aqui debatidas, já foram abordadas anteriormente, ainda que de forma breve, no seguinte texto: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O conceito de interesse público no Estado constitucional de direito. Revista da ESMESC, Florianópolis, v. 20, n. 26, p. 223-248, 2013.

⁶ MELLO, *Curso de Direito Administrativo...*, p. 58.

justificação de toda a atividade administrativa. Como um claro “mantra de legitimação da atividade administrativa”, o argumento da supremacia do interesse público tudo explica e tudo justifica, inclusive escamoteando toda sorte de arbitrariedades, autoritarismos e ofensas a princípios constitucionais (mormente a impessoalidade e a moralidade administrativa). Tudo passou a ser “magicamente legitimado” a partir de uma retórica frouxa e órfã de racionalidade, o que não escapou à percuciente crítica de Lenio Luiz STRECK, para quem o interesse público se traduz atualmente em uma “expressão que sofre de intensa ‘anemia significativa’, nela ‘cabendo qualquer coisa’”.⁷

Na literatura jurídica nacional pós-abertura constitucional e democrática, coube a José Eduardo FARIA uma das primeiras análises críticas da noção de interesse público,⁸ já atento à inafastável problemática dos recorrentes conflitos entre legítimos interesses contrapostos (públicos e privados), traço comum em uma Constituição aberta e pluralista como a brasileira. Denunciando o caráter excessivamente vago e genérico do conceito de interesse público, FARIA o descreve como “um conceito quase mítico, cujo valor se assenta justamente na indefinição de seu sentido e que, por ser facilmente manipulável por demagogos, populistas e tiranos da vida pública, acaba sendo analiticamente pobre”.⁹

⁷ A expressão é de Lenio Luiz STRECK, em artigo publicado no sítio “Consultor Jurídico”, onde aborda a problemática dos limites à atuação do Poder Judiciário e o desprestígio à lei, a partir da multifuncional e oca retórica da defesa do “interesse público”. STRECK, Lenio Luiz. Ministros do STJ não devem se aborrecer com a lei. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, São Paulo, jun. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-07/senso-incomum-nao-aborrecer-lei-ministra-nancy-andrighi>>. Acesso em: 10 jun. 2012.

⁸ Importa assinalar que são raros os estudos específicos e aprofundados acerca do conceito de interesse público, tanto na doutrina nacional como na estrangeira. Isso, inclusive, não escapou à crítica do administrativista lusitano Luís Filipe Colaço ANTUNES, que expressamente denuncia esse esquecimento do interesse público pelo discurso juspublicista, relegado a alguns pares de linhas dos manuais de Direito Administrativo. Nas palavras de ANTUNES, “apetece perguntar por que razão a noção categorial de interesse público tem sido votada, nas últimas décadas, ao ostracismo pelos administrativistas?”. ANTUNES, Luís Filipe Colaço. O Direito Administrativo e a sua Justiça no início do século XXI: algumas questões. Coimbra: Almedina, 2001, p. 14.

⁹ FARIA, José Eduardo. Antinomias jurídicas e gestão econômica. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, São Paulo, n. 25, p. 167-184, abr. 1992, p. 173.

Com efeito, este é o cenário jurídico-político no qual se insere a tônica central do debate aqui travado: partindo da premissa de que o Estado constitucional de direito, fundado na teoria dos direitos fundamentais¹⁰ e na centralidade do princípio da dignidade humana,¹¹ engendra e reclama uma profunda redefinição dos contornos do regime jurídico administrativo, impõe-se a construção de um conceito de interesse público compatível com esta nova engenharia constitucional, indelevelmente marcada pelo traço humanista¹² da “personalização da ordem normativa constitucional”.

Inequivocamente, em uma ordem constitucional caracterizada pelo movimento de constitucionalização de uma complexa, dinâmica e até (na prática) colidente gama de direitos fundamentais (interesses individuais e coletivos), a problemática da concretização e defesa destes legítimos interesses passa pela reconformação dos parâmetros do regime jurídico administrativo, a partir dos contornos e limites de um conceito de interesse público afinado a esse novo quadrante constitucional.

Isto impõe, inclusive, a revisão da tradicional centralidade do princípio da supremacia do interesse público, propalado como princípio estruturante do regime jurídico administrativo, a ser superado pelos novos vetores normativos do Estado constitucional de direito, fundados na defesa dos direitos fundamentais e no primado da dignidade humana.

Antes, porém, do debate acerca dos atuais contornos jurídicos do conceito de interesse público, oportuno iniciar a empreitada pela recuperação, ainda que de modo geral e sem pretensão exauriente, da noção política de bem comum na evolução do pensamento político ocidental, desde a Antiguidade clássica até o advento do pensamento moderno.

¹⁰ O debate acerca da teoria dos direitos fundamentais será realizado no subitem 2.5.2.1 do capítulo segundo. Para uma análise panorâmica sobre o tema, consultar: SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

¹¹ A análise do princípio da dignidade da pessoa humana será realizada no subitem 3.4.1 do capítulo terceiro. Apenas para adiantar, sobre o tema consultar: SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

¹² Para uma abrangente análise do humanismo a partir de uma ampla recuperação histórica das suas bases, desde a Antiguidade pré-socrática, passando pelo Medievo, Renascimento, até a Modernidade e o conhecimento transpessoal, consultar: OLIVEIRA, Odete Maria de. Conceito de homem: mais humanista, mais transpessoal. Ijuí: Editora Unijuí, 2006.

2.2 A EVOLUÇÃO DA NOÇÃO DE BEM COMUM NA HISTÓRIA DO PENSAMENTO POLÍTICO OCIDENTAL

O atual conceito jurídico de interesse público não pode ser estruturado, de forma atropelada e descontextualizada, a partir do nascimento do Estado liberal de direito e no palco instaurado pela histórica Revolução Francesa, embora tenha sido nesse efervescente e singular momento que se tenham forjado os seus contornos comuns ao Estado moderno que engatinhava, juntamente com o advento do próprio Direito Administrativo enquanto ramo autônomo do Direito.

Nesse sentido, o início da reconstrução da noção de interesse público pode principiar na investigação das bases da reflexão política na Antiguidade clássica, a partir da ideia de “bem comum”¹³ – raiz política ancestral e núcleo originário do moderno conceito jurídico de interesse público.¹⁴

¹³ Importante ressaltar, desde já, que a análise da categoria “bem comum” aqui se restringe, mais especificamente, aos seus contornos afetos à teoria e à filosofia política, passando em rápida revista por algumas das suas nuances filosóficas, quando relacionada àquele plano. Refoge aos contornos desse estudo o debate (riquíssimo por sinal) da noção de bem comum no âmbito da ética, da sociologia, da antropologia e da economia, por exemplo. Para uma análise do bem comum na economia, pode-se consultar: BRUNI, Luigino. Bem comum e economia: para uma economia baseada no ágape. Tradução de Luís Miguel Neto. Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas (ISCSP). Universidade Técnica de Lisboa (UTL), Lisboa, p. 01-11, 2008. Disponível em: <http://www.academia.edu/2576914/Bem_Comum_e_Economia_Para_uma_Economia_baseada_no_Agape_-_trad._do_original_de_Luigino_Bruno>. Acesso em: 04 jan. 2014.

¹⁴ Nesse sentido, oportunas as considerações de Maria Sylvania Zanella DI PIETRO sobre a recuperação da noção de interesse público a partir da ideia de bem comum construída desde a Antiguidade clássica: “Embora possa parecer que o princípio da supremacia do interesse público tenha sido criado no âmbito do direito administrativo, na verdade ele antecede em muitos séculos o nascimento desse ramo do direito, que somente começou a se formar como ramo autônomo em fins do século XVIII, com a formação do Estado de Direito. De fato, a ideia de existência de interesses gerais diversos dos interesses individuais encontra suas origens na antiguidade greco-romana”. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). Supremacia do

2.2.1 A construção da ideia de bem comum na Antiguidade clássica: Platão, Aristóteles e Cícero

O pensamento político que floresceu na Grécia antiga, sobretudo na Atenas dos séculos VI a IV a.C., teve como substrato propulsor a canalização de todo o esplendor da filosofia, da ciência e da cultura para o campo específico do conhecimento e da ação – a política. Conforme esclarece Ivone Morcilo LIXA, era a convivência na *pólis* que constituía o grego da Antiguidade clássica como “cidadão e conferia-lhe uma condição de vida digna. Não se tratava apenas de viver num aglomerado urbano, mas, sobretudo, de ser parte integrante de uma unidade política e social organizada, limitada territorialmente”.¹⁵

Para o homem grego, a convivência plural na *pólis* dotava de sentido e individualidade a própria existência humana, verdadeiro pressuposto da sua identidade individual e política, o que o diferenciava (enquanto cidadão grego) daqueles que não eram assim qualificados, a partir do exercício da liberdade, condição determinante para a existência de uma vida digna. Sobre a centralidade da ideia de liberdade e sua exclusividade ao cidadão grego (aquele que vive a ação política), Hannah ARENDT afirma que dentre todas as atividades humanas que poderiam assegurar ao homem uma condição de vida digna e verdadeiramente humana, a vida política e a dedicação aos assuntos da *pólis* ocupava lugar especialmente destacado.¹⁶

Conquanto seja inegável a existência de uma noção embrionária de *pólis* anterior à Atenas dos séculos VI a IV a.C., em que se forjaram as bases do pensamento político clássico, foi justamente nesse período que floresceram os fundamentos da reflexão política legada ao Ocidente. Para o cidadão grego, a vida na *pólis* estava dividida em duas esferas: a privada, relacionada em especial ao patrimônio, ao casamento e à família, sob a representação da “casa” (*oikos* – síntese da vida privada); e a pública, onde o cidadão grego debatia as questões políticas e as instituições sobre as quais se fundava a *pólis*. Afora a existência

interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2010, p. 86.

¹⁵ LIXA, Ivone Morcilo. O sentido da política em Platão e Aristóteles. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). Introdução à história do pensamento político. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 14.

¹⁶ ARENDT, Hannah. A condição humana. Tradução de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 16-21.

individual do homem grego (vida privada), havia esta segunda dimensão existencial, na qual o homem poderia realizar as suas virtudes de convivência política (dimensão pública ou comum), o que o qualificava como efetivo cidadão da *pólis*.¹⁷

Nesse contexto, coube à filosofia platônica o estabelecimento dos alicerces da política enquanto ciência (“ciência política”), sob o princípio de que somente uma forma política fundamentada no saber filosófico poderia conduzir à verdadeira justiça. Herdeiro do pensamento pitagórico¹⁸ e socrático,¹⁹ PLATÃO (Aristocles, 428/427 – 348/347 a.C.) entendia a justiça como uma virtude universal que engloba sabedoria, fortaleza e prudência (*phrónesis*), na medida em que dependem da sua existência, pelo que apenas com tal coexistência seria possível a harmonia social. Somente a sabedoria filosófica (*sophía*) seria capaz de proporcionar o equilíbrio da *pólis*, pelo que a prudência (ciência subordinada à sabedoria) estaria relacionada ao bom governo fundado nas “Ideias do Bem” e na justiça.

Interessante ressaltar que, para a filosofia platônica, a grande meta (maior lição) a guiar a condição humana “não é senão a ideia do Bem, isto é, aquilo *em virtude* de que tudo o que é justo, belo, etc., é proveitoso e salutar. Sem o conhecimento dela, qualquer outro saber seria inútil”.²⁰

Para o pensamento platônico, a educação, a moral e a política são os esteios do “Bem Comum”,²¹ pelo que a original ciência política (“ciência do Bem”) seria o fundamento da Cidade ideal – uma cidade governada por filósofos (rei-filósofo) e racionalmente hierarquizada em classes homogêneas (chefes de governo, auxiliares ou guerreiros e artífices ou camponeses). A justiça consistiria na ideia que determina a cada um o respeito à hierarquia social e política, do que decorreria a estabilidade social, na medida em que todos seriam capazes de entender

¹⁷ LIXA, *O sentido da política...*, p. 16.

¹⁸ Sobre o tema, consultar: SZLEZÁK, Thomas Alexander. Platão e os pitagóricos. Tradução de Fernando Augusto da Rocha Rodrigues. Archai: Revista de Estudos sobre as Origens do Pensamento Ocidental. Brasília, n. 6, p. 121-132, 2011.

¹⁹ CHEVALLIER, Jean-Jacques. História do pensamento político. v. 1. Tradução de Roberto Cortes de Lacerda. Rio de Janeiro: Zahar, 1982, p. 47-50.

²⁰ JAEGER, Werner. Paidéia: a formação do homem grego. Tradução de Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 867.

²¹ TEIXEIRA, Evilázio. A educação do Homem segundo Platão. São Paulo: Paulus, 1999, p. 15-18.

as renúncias pessoais e egoísticas impostas pela razão, controlando as suas paixões individuais em favor do equilíbrio da totalidade social.²²

Na *República*, a noção de “Bem” enquanto “Ideia” é apresentada por PLATÃO com especial centralidade, verdadeiro “princípio supremo da filosofia platônica”,²³ “a norma absoluta que serve de base à noção da filosofia como suprema ‘arte da medida’, a qual aparece desde muito cedo no pensamento platônico e nele se mantém até o final”.²⁴ O filósofo explica a “Ideia de bem” a partir de uma metáfora da função reveladora da luz e do sol sobre as coisas sensíveis e da relação do conhecimento e da verdade e sua relação com o bem, como uma forma ideal perfeita do mundo inteligível (Forma/Ideia do bem), que concede verdade às coisas conhecidas e o poder de conhecê-las. Após relemburar as virtudes da justiça, da moderação, da coragem e da sabedoria, o filósofo sustenta que “a coisa mais importante a ser apreendida é a *Ideia de bem* e que é mediante a referência a ela que coisas justas e as outras se tornam úteis e benéficas”.²⁵

A centralidade da educação (*paidéia*) na construção da filosofia de PLATÃO e na sua “República” fica evidente, dentre outras passagens, na difundida “alegoria da caverna”, quando o filósofo descreve homens que vivem presos (acorrentados) desde a infância em uma caverna subterrânea (mundo do visível), com uma longa galeria que se abre para a luz de uma grande fogueira, sendo que somente lhes é permitido olhar para frente, de costas para a saída. Os clarões da fogueira (o sol) iluminam sobre as cabeças dos prisioneiros até a parede a sua frente, projetando sombras de vários objetos e figuras, manobradas por manipuladores situados atrás de um muro baixo colocado entre os prisioneiros e a saída iluminada. Para os prisioneiros, que jamais puderam olhar para a saída da gruta, aquelas sombras projetadas na parede são a realidade. Mas e se um dos prisioneiros fosse posto em liberdade e pudesse enfim contemplar a luz? Certamente, em um

²² As bases do pensamento platônico acerca da Cidade ideal e da ideia de bem comum podem ser recuperadas dos Livros V, VI e VII da *República*, uma noção de bem como Ideia universal construída a partir de um modelo de vida terrena que remetia inexoravelmente a princípios metafísicos – modelo idealista de reflexão filosófica fundado nos chamados “primeiros princípios”, desgarrado do mundo sensível e de complexo entendimento até para os filósofos. Nesse sentido, consultar: PLATÃO. *A República*. Tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2012, p. 203-325.

²³ JAEGER, *Paidéia: a formação do homem grego...*, p. 870.

²⁴ *Ibidem*, p. 876.

²⁵ PLATÃO, *A República...*, p. 276-284.

primeiro momento teria uma enorme dificuldade de fitar a luz e toda a aquarela das coisas (verdadeiras e reais – Formas perfeitas e imutáveis do mundo inteligível), continuando a pensar que a realidade estaria no mundo das sombras (mundo do visível), devendo voltar para a caverna (ignorância). Mas depois passaria a acostumar sua visão (evolução), passando a contemplar todas as coisas, até se sentir capaz de olhar diretamente para o sol (mundo inteligível), o que simboliza a ascensão para o alto e a contemplação do mundo superior (caminho da alma em direção ao mundo inteligível pela via reveladora (conversão) da educação – *paidéia*).²⁶ Para o idealismo platônico a “última coisa que na região do conhecimento puro a alma aprende a ver, ‘com esforço’, é a ideia do Bem”, sendo que, “uma vez que aprende a vê-la, tem necessariamente de chegar à conclusão de que esta ideia é a causa de tudo o que no mundo existe de belo e de justo, e de que forçosamente deve tê-la contemplado que quiser agir racionalmente tanto na vida privado como na pública”.²⁷

Na filosofia platônica o “bem-comum é, assim, sempre, o bem máximo de cada ser humano, mas em integração sinfonia como o bem máximo, possível e real, de todos os outros, em acto, em cada instante”, sendo esse o “fundamento metafísico da dimensão política da realidade humana. A política nasce da necessidade que cada indivíduo humano tem de bens que não pode, por si só, adquirir”.²⁸

A noção de bem comum a partir da convivência na *pólis* é recuperada e redimensionada por ARISTÓTELES (384 – 322 a.C.). Já no primeiro parágrafo do Livro Primeiro da *Política*, o Filósofo de Estagira sustenta que “toda cidade é uma espécie de associação, e que toda associação se forma tendo por alvo algum bem; porque o homem só trabalha pelo que ele tem em conta de um bem”, sendo que todas as “sociedades, pois, se propõem qualquer bem – sobretudo a mais importante delas, pois que visa a um bem maior, envolvendo todas as demais: a cidade ou sociedade política”.²⁹

²⁶ Ibidem, p. 289-294.

²⁷ JAEGER, *Paidéia: a formação do homem grego...*, p. 885.

²⁸ PEREIRA, Américo. Da ontologia da “polis” em Platão. Covilhã: LusoSofia – Biblioteca Online de Filosofia e Cultura, p. 03-102, 2011. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/56971910/Pereira-Americo-Ontologia-Da-Polis-Em-Platao>>. Acesso em: 24 set. 2013.

²⁹ ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução de Nestor Silveira Chaves. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2009, p. 13.

Com efeito, na filosofia prática aristotélica³⁰ a diferença entre o ser humano e outros animais está fundada na *pólis* (convivência política), vínculo natural e necessário dos homens (ordem imutável do mundo). A condição humana decorre da convivência na cidade (ação política), sendo “evidente, pois, que a cidade faz parte das coisas da natureza, que o homem é naturalmente um animal político, destinado a viver em sociedade, e que aquele que, por instinto, e não porque qualquer circunstância o inibe, deixa de fazer parte de uma cidade, é um ser vil ou superior ao homem”.³¹

Assim, fundado no que se pode atualmente conceber como uma “metodologia científica”, que esteve ausente na ciência política platônica, a partir do Livro IV da *Política*, o Filósofo de Estagira apresenta uma análise empírica das características e do funcionamento dos regimes políticos conhecidos na época, com vistas à descrição de um modelo ideal de governo, que tem um claro fim ético como princípio político – “a crença na construção de um modo de vida digno e feliz”.³²

A teoria aristotélica formula a distinção dos governos em autênticos ou constitucionais e degenerados ou despóticos,³³ com base na ideia central de “bem comum”, comum aos governos constitucionais e estranha aos governos despóticos, que estariam voltados ao bem da classe dominante. Mas o conceito de bem comum em ARISTÓTELES não pode ser entendido a partir de um modelo idealista ou universal (suprassensível), capaz de ser aprisionado em um princípio atemporal e metafísico. Sob a justificativa do caráter indeterminado do que se deve entender por “bem”, tão plurissignificativo quanto a categoria do “ser” e suas infundáveis conotações, o Filósofo Estagirita afirmava ser “evidente que não há nenhum bem comum, universal e uno, porque, se assim fosse, não poderia ser predicado de todas aquelas diferentes categorias, mas teria que existir de acordo com uma única”, pelo que “se para os objetos que são compreendidos a partir de uma determinada ideia há

³⁰ A título ilustrativo, convém esclarecer que a obra de ARISTÓTELES divide a filosofia basicamente em três grandes ramos, que abrangeriam todo o saber humano (racional): a filosofia teorética, que se subdividia em física, matemática, metafísica e teologia; a filosofia prática, subdividida em ética e política; e a filosofia poética, formada pela estética e pela técnica.

³¹ ARISTÓTELES, *A Política...*, p. 16.

³² LIXA, *O sentido da política...*, p. 31.

³³ Uma breve recuperação dos modelos de governo no pensamento aristotélico será levada a efeito no subitem 3.4.3.1 do capítulo terceiro.

uma única perspectiva científica, assim também haveria uma única ciência para todas as formas de manifestação de bem”.³⁴

No Livro I da sua *Ética a Nicômaco*, ARISTÓTELES apresenta a noção de felicidade ou bem-estar da alma (*eudaimonía*) como o bem supremo e universal do homem, o fim último de todas as ações possíveis. Por outro lado, embora reconheça a existência de um bem único, que seja um predicado universal dos bens, o filósofo procura redimensionar e superar a teoria platônica das Formas e da “Ideia de bem” (o Bem Supremo como algo suprassensível), a partir de um conceito de bem que seja possível aos homens atingir, os bens terrenos atingíveis por meio da ação política, ou seja, aqueles fins (bens) que se pretende atingir por meio de determinada prática (ação política no mundo sensível).³⁵

De fato, a noção organicista aristotélica de bem comum não reflete um conceito individualista (particular/privado) de homem, não obstante defenda que os bens sejam finalidades atingíveis por cada um segundo os respectivos meios adequados. Pelo contrário, na filosofia prática aristotélica a prudência (*phrónesis*)³⁶ funciona como “catalisador ético” para as ações individuais adequadas às virtudes morais (ação virtuosa), no sentido de que o bem de um deve ser o bem de todos (bem geral). Somente a convivência humana na *pólis*, por meio da ação política na esfera pública (comum ao cidadão grego), é o que permite o desenvolvimento moral do homem, a via por excelência para alcançar a sua plenitude e a felicidade (bem supremo).

A partir de comentários sobre a noção do primado do público, Norberto BOBBIO recupera a clássica doutrina aristotélica sintetizada no princípio segundo o qual “o todo vem antes das partes”, o que permitiria afirmar que “a totalidade tem fins não reduzíveis à soma dos fins dos membros singulares que a compõem e o bem da totalidade, uma

³⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009, p. 23.

³⁵ *Ibidem*, p. 22-39.

³⁶ A “prudência” (*phrónesis*), uma das virtudes máximas e categoria central na filosofia prática aristotélica, assegura ao homem a disposição para a ação política por meio de práticas adequadas aos fins que se pretende alcançar, virtude que seria comum à classe média (princípio aristotélico da moderação). A prudência não deve ser entendida como conhecimento científico, mas como uma disposição da alma racional (virtude intelectual), relacionada com aquilo que é justo, destinada à ação política do homem no mundo da vida. Na ética aristotélica, a prudência é a qualidade racional que conduz à verdade no que toca às ações relacionadas como os bens humanos. *Ibidem*, p. 01-14.

vez alcançado, transforma-se no bem das suas partes”. Portanto, “o máximo bem dos sujeitos é o efeito não da perseguição, através do esforço pessoal e do antagonismo, do próprio bem por parte de cada um, mas da contribuição que cada um juntamente com os demais dá solidariamente ao bem comum”,³⁷ conforme as regras adotadas pela comunidade toda.

Essa é a noção-chave do conceito aristotélico de bem comum: a convivência humana na *pólis*, garantidora do desenvolvimento moral do cidadão e estrada que conduz o homem ao bem supremo da felicidade (noção de vida boa), por meio da virtuosa ação política na esfera pública.

Para a filosofia política de ARISTÓTELES esta seria, inclusive, a finalidade principal e o próprio sentido da existência do Estado (Cidade), uma forma de organização política inerente à condição humana (natural) e que propicia o mais elevado desenvolvimento moral do cidadão, condição para a plena felicidade do homem.³⁸ Nas palavras do filósofo, “o Estado está na ordem da natureza e antes do indivíduo; porque, se cada indivíduo isolado não se basta a si mesmo, assim também se dará com as partes em relação ao todo”, o que permite concluir que “aquele que não pode viver em sociedade, ou que de nada precisa por bastar-se a si próprio, não faz parte do Estado; é um bruto ou um deus”.³⁹

O “indivíduo aristotélico” não é um ser isolado (particular). Está necessariamente vinculado aos outros homens, na busca e na realização dos seus próprios bens, porquanto somente a organização comunitária na cidade (esfera pública) permitiria a realização plena da vida racional legada ao homem pela própria natureza das coisas. O homem, individualmente, jamais poderá bastar-se a si mesmo (ideia de autarquia) e atingir sua finalidade suprema (felicidade). Isso somente poderá ser

³⁷ BOBBIO, Norberto. Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007, p. 24-25.

³⁸ Ultrapassam os limites da presente abordagem a recuperação filosófica, política, sociológica ou até psicológica do conceito de felicidade. Para estudos sobre o tema, consultar: WHITE, Nicholas. Breve história da felicidade. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Loyola, 2009; SEWAYBRICKER, Luciano Espósito. A felicidade na sociedade contemporânea: contraste entre diferentes perspectivas filosóficas e a Modernidade líquida. 2012. 159 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

³⁹ ARISTÓTELES, *A Política...*, p. 17.

alcançado por meio da ação política virtuosa na cidade (a autarquia do cidadão). Eis o conceito aristotélico de bem comum, a medida da felicidade como bem supremo, atingível por meio da ação política virtuosa (prudência), restando indissociáveis a felicidade individual e a coletiva, já que ao homem somente é dado alcançar a plenitude e a suprema felicidade pela senda da vida política virtuosa (esfera pública).

Ainda que de inegável sofisticação, se transportado para a atualidade, não há como negar o componente autoritário e antidemocrático do pensamento aristotélico de bem comum, vez que fundado em uma perspectiva claramente organicista, no sentido de que o interesse da coletividade deve preponderar sobre as aspirações particulares de cada indivíduo. Um conceito de bem comum que submete as aspirações e interesses da pessoa aos desígnios da coletividade acaba por sufocar e até suplantar uma noção personalista de dignidade humana muito presente nos modelos de Estado constitucional de direito posteriores à Segunda Guerra Mundial. Há uma série de direitos e interesses individuais, inerentes e constitutivos de uma dimensão personalista da dignidade humana, que não podem estar submetidos a uma lógica de compatibilidade ou não aos cambiantes interesses da coletividade.⁴⁰

Uma análise mais detida do modelo organicista, de matriz aristotélica, acaba por demonstrar uma considerável dose de desprestígio à pessoa humana e ao seu valor intrínseco enquanto indivíduo, independentemente do seu papel social ou da sua função na comunidade política. Cada pessoa traz em si um conjunto de interesses e valores próprios (dimensão privada do indivíduo), incapazes de serem adequada e integralmente reconduzidos a uma ideia totalizante de entidade coletiva (dimensão pública).

No mesmo quadrante, a ideia de que cada indivíduo somente encontra sua felicidade (bem supremo) quando passa a integrar a comunidade política e nela desempenhar a sua respectiva função, contribuindo para o bem comum geral, traz em si (em potência) a genética de uma sociedade estática, organizada por castas (avessa ou, pelo menos, pouco preocupada com a questão da mobilidade social), onde cada indivíduo já nasceria com uma determinada função na comunidade. Um modelo de sociedade assim delineado e uma noção de bem comum capaz de tolher, ainda que indiretamente, a dinâmica e

⁴⁰ Esta questão da concepção organicista de bem comum, com sua análise crítica a partir da relação com a ideia de supremacia do interesse público, será retomada no subitem 2.3.2 do capítulo segundo.

dialética condição e posição social do indivíduo, parece inconciliável com a ideia de dignidade humana construída a partir da Modernidade e com a própria ordem constitucional brasileira.

Sem embargo da prodigiosa feição político-filosófica de bem comum na Grécia antiga, da Antiguidade clássica romana também é possível colher uma aprimorada abordagem, de caráter mais jurídico-político, a partir da dicotômica definição do Direito Público (*jus publicum*) e do Direito Privado (*jus privatum*) legada ao Ocidente. Nesta seara, inicialmente releva considerar que, tanto nas *Institutiones* (I.1.4) como no *Digesto* (I.1.1.2), a divisão Direito Público/Direito Privado é referida com idênticas palavras: o Direito Público diz respeito ao estado da coisa romana, o privado à utilidade dos particulares (*publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem*).

Com efeito, essa noção embrionária polarizadora da relação público/privado já se fundava na centralidade de uma ideia jurídico-política de interesse: se vinculada aos interesses do Estado, atraía as normas comuns ao Direito Público; se relacionada aos interesses dos indivíduos, impunha as normas de Direito Privado. Mesmo assim, reconhecia-se “algum poder jurídico (*ius*) do povo, diverso do direito dos indivíduos”, o que pode ser recuperado a partir do seguinte brocardo: “Assim o povo romano usa, em parte, de seu direito próprio e, em parte, do comum a todos os homens” (*Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utitur*).⁴¹

A centralidade da dicotomia público/privado é destacada e recuperada por BOBBIO, quando a qualifica como “uma daquelas ‘grandes dicotomias’, das quais uma ou mais disciplinas, neste caso não apenas as disciplinas jurídicas, mas também as sociais e em geral históricas, servem-se para delimitar, representar, ordenar o próprio campo de investigação”, como ocorre, por exemplo, “para ficar no âmbito das ciências sociais, paz/guerra, democracia/autocracia, sociedade/comunidade, estado de natureza/estado civil”.⁴²

Conquanto não seja possível afiançar a existência de uma divisão de intransponíveis contornos, havendo sim espaços cinzentos ou de

⁴¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2010, p. 69.

⁴² BOBBIO, *Estado, governo, sociedade...*, p. 13.

justaposição entre essas esferas jurídicas,⁴³ na evolução do Direito Romano é destacada a distinção que os seus juriconsultos faziam entre as relações jurídicas de Direito Público, que diziam respeito à organização do Estado romano e às coisas úteis à vida pública, e aquelas de Direito Privado, relacionadas ao bem de cada um e à vida privada. Desta forma, os interesses privados eram identificados como os interesses dos particulares, enquanto os interesses públicos restavam relacionados e atribuídos às coisas do Estado e do povo romano (condomínio de interesses). Inclusive, uma das notas características do Estado romano era a “plena unidade da noção de poder público, como o *imperium* em que se baseia o direito público”.⁴⁴

Nesse sentido, pode-se recuperar na obra de Marco Túlio CÍCERO (106 – 43 a.C.) a importante noção de utilidade comum (*utilitas communis*), quando sustenta no parágrafo XXV do Livro I do seu *Da República* que a justificativa para a organização dos homens em sociedade é menos uma questão de debilidade e mais um instinto inato de sociabilidade, sendo correto afirmar que a espécie humana não nasceu para o isolamento e para a vida errante, “mas com uma disposição que, mesmo na abundância de todos os bens, a leva a procurar o apoio comum”, pelo que seria “a República coisa do povo, considerando tal, não todos os homens de qualquer modo congregados, mas a reunião que tem seu fundamento no consentimento jurídico e na utilidade comum”.⁴⁵

Por outro lado, Eunice Ferreira NEQUETE adverte que, embora CÍCERO tivesse afirmado que traria um grande problema para a coletividade quem fizesse prevalecer seu interesse exclusivo e egoísta,

⁴³ Inegavelmente, o Direito Romano consolidou-se a partir da divisão nas esferas do Direito Público e do Direito Privado, sob o signo divisor do interesse (conteúdo da relação jurídico-política), cabendo ao Direito Público aquelas relações em que o Estado (povo) romano tomava parte, e ao Direito Privado aquelas travadas entre os indivíduos e seus interesses particulares. Por outro lado, havia situações em que o Estado intervinha diretamente em atos jurídicos de ordem privada, deixando também para a órbita do Direito Privado situações que envolviam matérias de ordem pública e de interesse geral. Nesse sentido: NEQUETE, Eunice Ferreira. Fundamentos históricos do princípio da supremacia do interesse público. 2005. 238 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 23-28.

⁴⁴ NEQUETE, *Fundamentos históricos...*, p. 13-14.

⁴⁵ CÍCERO, Marco Túlio. *Da República*. Tradução de Amador Cisneiros. Bauru: EDIPRO, 1995, p. 23.

com o enredo do interesse privado ou utilidade privada sob os limites da “honestidade”, o Filósofo Romano não o teria confrontado ao interesse do Estado romano. Em CÍCERO, a utilidade comum (interesse público) não estaria ligada à noção de honestidade, mas ao que se pode entender pelo “espírito romano”, de forma que não poderia ser resumida a uma estreita utilidade política vinculada e limitada aos fins mesquinhos da “razão de Estado”. Desta maneira, “não haveria como o interesse privado ser outro que não coincidente com o interesse comum, mas se alguma oposição ‘aparente’ surgisse entre ambos este último deveria prevalecer”.⁴⁶

Em síntese, pode-se notar que a noção romana de utilidade pública, que deveria prevalecer sobre as aspirações privadas e egoísticas do indivíduo, traz em si um aspecto republicano de espaço público e de propriedade coletiva de bens e interesses (coisa pública), totalmente diversa daquela conhecida pela Modernidade. A perspectiva de propriedade coletiva de determinados bens e interesses, a partir da disposição política da República romana, estava fundada em uma clara ideia de efetiva participação do povo na formação das decisões sobre as questões de utilidade pública (interesse público), em um colorido muito diferente daquela dimensão estatal autoritária e monopolista agravada com a construção do Estado moderno.⁴⁷

2.2.2 O bem comum na filosofia cristã da Idade Média: Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino

Toda a construção política e jurídica da Antiguidade clássica grega e romana reverberou pelos séculos que sucederam, influenciando sobremaneira a Idade Média e o próprio Direito Canônico do Medievo. Aqui, para a recuperação das noções de “bem comum”, assume invulgar relevo o pensamento político dos chamados períodos da Patrística e da Escolástica.⁴⁸

⁴⁶ NEQUETE, *Fundamentos históricos...*, p. 15-16.

⁴⁷ A questão relativa às ideias de coletividade e de utilidade pública no modelo de República romana serão retomadas no subitem 3.4.3.1 do capítulo terceiro.

⁴⁸ O pensamento político na Alta Idade Média teve como destacada fase representativa de seus fundamentos filosóficos o período da chamada Patrística (séculos II até VI d.C.), em que os “Padres Apologistas, conhecedores do pensamento antigo, mas voltados para um modo santo de viver, uma postura intelectual ortodoxa e uma incorporação rígida à tutela da Igreja, buscam desenvolver, sistematicamente, uma doutrina apologética (com implicações na Sociedade, na Política, no Direito e na Ética) que sirva de fundamento filosófico

De fato, ainda que o cristianismo tenha representado muito mais uma doutrina de redenção do que um modelo de ciência política, dele é possível extrair importantes reflexões sobre várias categorias jurídico-políticas, como o governo, a autoridade, a lei humana e a obediência. Para a filosofia cristã, todo o poder constituído vem de Deus, que legitima os governos, deixando ao povo o dever de obediência e subordinação à autoridade em exercício. Segundo Antonio Carlos WOLKMER, pode-se buscar em Santo AGOSTINHO (354 – 430 d.C.) um importante legado teórico à noção de legalidade. Para o Bispo de Hipona, a lei primeira é a lei eterna, que expressa a razão divina e a vontade de Deus, manifestando-se na intimidade da consciência humana como lei natural. A lei natural seria a participação da razão humana na ordem divina do universo, servindo de fundamento para as leis humanas ou temporais. Deste modo, o Direito positivo teria como base e fundamento o Direito natural, que nada mais representaria do que um aspecto da lei eterna. Portanto, para o pensamento agostiniano, se a lei humana é justa e legítima, é porque deriva da lei natural e da vontade de Deus.⁴⁹

à teologia, procurando criar novas verdades para a religião cristã, impondo e explicando dogmas que regulamentam e institucionalizam a fé católica”. Com influência marcante do pensamento de PLATÃO, CÍCERO e SÃO PAULO, o principal expoente da Patrística foi Santo AGOSTINHO. Na segunda etapa da Idade Média, entre os séculos XI e XIV, a Escolástica representou o ápice da produção intelectual, filosófica e teológica, sobretudo da Europa cristã dos séculos XII e XIII. A filosofia era colocada a serviço da teologia, no sentido de que deveria auxiliar, a partir de um modelo de raciocínio lógico formal, na autenticidade dos dogmas cristãos, pelo que o edifício da fé passou a ser erigido sobre um fundamento racional filosófico, de destacada inspiração aristotélica. Santo TOMÁS DE AQUINO foi o principal expoente do pensamento escolástico e um dos mais importantes pensadores do período medieval. Nesse sentido: WOLKMER, Antonio Carlos. O pensamento político medieval: Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino. In: _____. Introdução à história do pensamento político. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 42-52.

⁴⁹ A marca do pensamento agostiniano é o dualismo maniqueísta da cidade celestial (Igreja), que se ocupa dos interesses espirituais, e da cidade civil (o Estado temporal), que se ocupa das coisas materiais. Somente no final dos tempos é que a cidade de Deus – formada pelos descendentes de Abel – subsistirá. Disso decorre a razão pela qual o Estado deve conhecer limites que não existem para a Igreja. O poder temporal somente poderá integrar-se à cidade de Deus se estiver prostrado e subordinado à Igreja em todos os assuntos ou questões espirituais. Ibidem, p. 47-50.

Mas somente com o pensamento de Santo TOMÁS DE AQUINO (1224-5 – 1274 d.C.) é que surge uma sólida doutrina teológica do poder, do Estado e uma visão racionalista da legalidade, categorias essenciais à construção da sua teoria política. Com firmes esteios na filosofia aristotélica, a doutrina tomista sustenta que o poder em sua essência tem origem divina, mas é captado e se realiza por meio da própria natureza do homem, capaz de seu exercício e sua aplicação.

Ainda que a obra de TOMÁS DE AQUINO não tenha reservado um tratado específico sobre filosofia política, da reconstrução sistemática da sua teoria é possível extrair uma doutrina acerca do conceito de “bem comum”. Conforme já acentuado, de matriz largamente influenciada pelo pensamento aristotélico, a filosofia tomista concebe o homem como ser intelectual (ser subsistente na natureza racional), o mais perfeito dentre todos os que habitam a natureza criada, que somente atingirá sua finalidade última e suprema conhecendo e amando a Deus. O homem (enquanto ser racional) torna-se o único dentre todos os seres naturais dotado do poder de alcançar o “bem comum perfeito” (*bonum commune perfectum*), que é a felicidade ou beatitude. Porém, a noção tomista de bem comum não se encerra sob um modelo de felicidade exclusivamente temporal (bem comum relativamente perfeito), já que somente será possível a verdadeira felicidade (perfeita) ao homem que alcançar o bem comum por essência, que é Deus.⁵⁰

Nesse sentido, pode-se dizer que a filosofia tomista “colocava o *bem comum* como tudo aquilo que o homem deseja, seja de que natureza for: bem material, moral, espiritual, intelectual. Mas, sendo o homem um ser social, ele procura não só o seu próprio bem, mas também aquele do grupo a que pertence. Cada grupo tem o seu próprio bem comum”.⁵¹

Para a doutrina política tomista, enquanto “animal político aristotélico”, o homem encontra a paz e a união na convivência em comunidade (*civitas*), a partir de uma sociedade politicamente organizada (Estado), sobre as bases de um modelo de governo (autoridade) e um conjunto de leis (Direito). No pensamento político de TOMÁS DE AQUINO, o seu modelo racionalista de legalidade⁵²

⁵⁰ GALÁN Y GUTIÉRREZ, Eustaquio. La filosofía política de Sto. Tomás de Aquino. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1945, p. 56-59.

⁵¹ DI PIETRO, *O princípio da supremacia do interesse público...*, p. 87.

⁵² Na doutrina tomista, a lei eterna constitui-se na razão suprema existente em Deus, situada acima de todas as outras leis, regente e reguladora da ordem da

desempenha um papel central, já que o homem seria conduzido à paz e ao bem comum relativamente perfeito, que é a felicidade terrena, se ordenado pela lei humana objetiva (regulatória da convivência na sociedade), promotora da justiça e definidora das obrigações que cada indivíduo (parte) tem com a comunidade (todo).

De fato, a noção de legalidade em TOMÁS DE AQUINO assume contornos de relevante interesse, inclusive para a compreensão da própria ideia de Direito. Na doutrina tomista, a lei consiste na razão, na qualidade de capacidade de leitura e medida do real, uma noção sensivelmente ligada a uma concepção de razoabilidade e justiça, que não se esgota somente em “forma e comando; é, antes de tudo, um conteúdo substancial determinado porque é, antes de mais nada, leitura da realidade”.⁵³

criação divina. Por seu turno, a lei natural seria a manifestação incompleta e imperfeita da lei eterna em todos os homens, um produto da razão humana e comum em cristãos e pagãos. Derivada e inspirada na lei natural, a lei humana teria por finalidade presidir as ações e os atos humanos, a ser completada e complementada pela lei divina (que não advém da razão), enquanto revelação das Sagradas Escrituras e destinada a sanar as imperfeições da lei humana. Nesse sentido: WOLKMER, *O pensamento político medieval...*, p. 54-56.

⁵³ Com base nessa relação entre as noções de lei, justiça e Direito do Medievo e da Modernidade, o jurista e historiador do Direito Paolo GROSSI faz uma interessante e profunda análise crítica do Estado moderno e do papel do Direito na Modernidade, que estaria intimamente vinculado ao poder político, como comando hierarquizado de um superior a um inferior, a partir de uma regra jurídica fundada na autoridade. Uma noção que abandona a dimensão sapiencial do Direito, do justo, do razoável, da razão enquanto medida do real, limitando-se a uma forte e monolítica expressão da juridicidade, a lei. A lei dos modernos é antes ato de vontade (autoridade legislativa) do que ato de conhecimento (sapiência do Direito, justiça). A sua força não está no conteúdo (o que é dito), mas no fato de provir do órgão máximo de poder político. A Modernidade teria reduzido o Direito à lei, apartando-o da ideia de justiça. O que “o Estado moderno assegura aos cidadãos é somente um complexo de garantias formais”, ou seja, um ato de autoridade formulado com base em determinados procedimentos, onde o seu conteúdo, a correspondência ao que a consciência comum reputa como o justo (a justiça da lei), isso é somente um objetivo exterior do ordenamento jurídico. Nesse sentido: GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da Modernidade*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 13-37. Para o estudo a partir de outra abalizada análise crítica do Direito e sua relação com o Estado, com base em uma matriz historicista, com especial atenção para a crise de legitimidade do discurso jurídico na Modernidade, consultar: ROULAND, Norbert. Nos confins dos

Deste modo, seria possível afirmar que somente em sociedades perfeitas existem leis justas, que têm como ponto basal o bem comum; e somente será uma “comunidade perfeita” aquela que ordenar e promover a ação política dos seus cidadãos para o bem comum. Nada obstante, disso não se pode deduzir que em uma comunidade política todos os cidadãos tenham os mesmos valores ou objetivos, mas que existe um conjunto de bens (finalidades, objetivos) que lhes são comuns, notadamente aqueles capazes de conduzir os cidadãos a sua finalidade última: a felicidade ou beatitude.⁵⁴

2.2.3 A reconstrução da noção de bem comum no pensamento político moderno: a moralidade política em Maquiavel e o conceito de vontade geral em Rousseau

No pensamento político renascentista, coube a Nicolau MAQUIAVEL (1469 – 1527 d.C.) formular uma das mais influentes doutrinas políticas legadas à Modernidade.⁵⁵ Ainda que não tenha

Direito: antropologia jurídica da Modernidade. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁵⁴ TOMÁS DE AQUINO, Santo. Suma Teológica. t. VI. Madrid: B.A.C., 1956, p. 38-42.

⁵⁵ Pode-se dizer que MAQUIAVEL nunca pretendeu simplesmente a formação teórica de um tipo ideal de novo príncipe. Dotado de um método de observação da realidade, o filósofo florentino discute a possibilidade de o ser humano intervir na sua trajetória. Diferente dos antigos, que possuíam uma visão cíclica do tempo segundo a qual tudo apresentava um nascer, crescer, morrer e renascer, e dos judeus e cristãos, que entendiam o tempo de uma forma linear, no sentido de que Deus criou o mundo em algum momento e este terá fim (noção de partida e chegada), os renascentistas viam o tempo como algo dinâmico, em que os homens poderiam interferir em seus destinos. O tempo possui um curso determinando, mas que poderia ser modificado pelo homem, como um rio que pode ser desviado, em partes, de seu leito natural. Leticia de Campos Velho MARTEL esclarece que, para MAQUIAVEL, todos os governos são perecíveis, mas está nas mãos do príncipe retardar a queda certa. O secretário florentino recupera a alegoria da Antiguidade, que via a fortuna (sorte) como uma mulher seduzível e influenciável, descrita pelo filósofo como dominável e domável. Já não é mais o destino o condutor do homem; este é que transforma o destino, agindo de forma dinâmica sobre o tempo. O príncipe é o senhor da sua sorte e não a Providência Divina. Afora a noção de fortuna, a virtude (*virtù*) é outra categoria nuclear no pensamento político maquiaveliano. Como a fortuna não é de todo imprevisível, a virtude seria a qualidade do homem (o príncipe) de perceber a situação que está em formação, traçar uma

construído uma teoria do “bem comum”, é possível extraí-la do modelo de moralidade política presente na obra *O Príncipe*, de inequívoca repercussão em toda a filosofia política que a sucedeu.

O “realismo” maquiaveliano (verdade efetiva das coisas) e sua análise consequentemente “pessimista” da “natureza humana”⁵⁶ oferecem os ingredientes centrais para o modelo de moralidade política inaugurado pelo Filósofo Florentino, a partir de um conceito de moral diretamente relacionado com as necessidades da ação política, reguladora dos interesses do Estado e não submetida aos parâmetros da moral cristã e aos desígnios da Divina Providência.

Nesse sentido, ao homem (e ao príncipe/governante em especial) seria legítimo usar de todos os meios necessários para atingir os seus

estratégia e agir (resposta) no momento oportuno. A virtude é a qualidade de alguns homens de prever o mal e remediá-lo a tempo. Mas isso depende de um aguçado senso de oportunidade (ocasião – terceira categoria central). A ocasião é a ponte entre a virtude e a fortuna, já que pouco resultaria da previsão do problema, sem desvendar o momento certo de agir. Na moralidade política de MAQUIAVEL, o príncipe é um político, um homem que domina as técnicas da política e age em prol do bem de seu estado, a manutenção do Estado. O filósofo florentino rompe com a doutrina da Providência Divina e defende que as rédeas do destino estão nas mãos dos homens, que podem agir e medir as consequências de suas ações na relação com os outros homens, cabendo ao político destacar-se em meio aos homens comuns, já que dele se exige mais ação e mais virtude. Nesse sentido: MARTEL, Letícia de Campos Velho. O tempo e a política no pensamento de Maquiavel. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). Introdução à história do pensamento político. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 74-89.

⁵⁶ Sobre o pessimismo maquiaveliano acerca da natureza humana e as qualidades necessárias ao Príncipe, disse o secretário florentino: “Isto porque geralmente se pode afirmar o seguinte acerca dos homens: que são ingratos, volúveis, simulados e dissimulados, fogem dos perigos, são ávidos de ganhar e, enquanto lhes fizeres bem, pertencem inteiramente a ti, te oferecem o sangue, o patrimônio, a vida e os filhos, desde que o perigo esteja distante; mas quando precisas deles, revoltam-se. [...] Os homens têm menos receio de ofender a quem se faz amar do que a outro que se faça temer; pois o amor é mantido por vínculo de reconhecimento, o qual, sendo os homens perversos, é rompido sempre que lhes interessa, enquanto o temor é mantido pelo medo ao castigo, que nunca te abandona. [...] Se precisar derramar o sangue de alguém, deverá fazê-lo quando houver justificativa conveniente e causa manifesta. Mas, sobretudo, deverá respeitar o patrimônio alheio, porque os homens esquecem mais rapidamente a morte do pai do que a perda do patrimônio”. MAQUIAVEL, Nicolau. O príncipe. Tradução de Maria Júlia Goldwasser. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 80-81.

objetivos, cabendo-lhe ser “suficientemente prudente para evitar a infâmia daqueles vícios que lhe tirariam o poder e guardar-se, na medida do possível, daqueles que lhe fariam perdê-lo”,⁵⁷ mas não devendo aborrecer-se por cometer aquelas ações sem as quais lhe seria difícil conservar o poder, pois é possível encontrar “alguma coisa que parecerá *virtù* e, sendo praticada, levaria à ruína; enquanto uma outra que parecerá vício, quem a praticar poderá alcançar segurança e bem estar”.⁵⁸

Por outro lado, não parece adequado dizer que MAQUIAVEL entende a ação política dissociada da moralidade ou avessa a ela, como se estivesse a defender pura e simplesmente a autonomia da política em relação à moralidade. Realmente, a partir de um modelo analítico-realista do agir político e de sua legitimação, parece que o secretário florentino propõe sim uma moralidade política que rompe com a então reinante tradição ocidental da moral cristã (piedade, compaixão e bondade dos homens), quando defende ser lícito e legítimo ao governante usar de todos os meios necessários para “manter o seu estado”, para “realizar grandes feitos” e perseguir as “elevadas metas da honra, glória e fama”, pelo que o “contraste essencial diz respeito, isso sim, a duas moralidades distintas – duas exposições antagônicas e incompatíveis do que em última análise se deve fazer”.⁵⁹

Contudo, há na teoria política maquiaveliana uma indagação central: o que legitimaria as ações políticas do governante para “manter o seu estado”? Diversamente de uma teoria de justificação para os governos tirânicos, para o secretário florentino os fins últimos e legitimadores das ações políticas do príncipe para manter o seu Estado não estariam nos interesses egoísticos e privados do próprio governante, mas na glória do seu povo, ou seja, na manutenção do seu Estado e na propagação do bem comum.⁶⁰

Ainda que o pensamento político maquiaveliano não ofereça um conceito acabado de “bem comum”, da sua obra é possível extraí-lo

⁵⁷ Ibidem, p. 74.

⁵⁸ Idem, Ibidem.

⁵⁹ SKINNER, Quentin. As fundações do pensamento político moderno. Tradução de Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. 1. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 155.

⁶⁰ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; KAESTNER, Roberto Nasato. A busca pelo verdadeiro Príncipe: uma contraposição entre *virtù* e fortuna. In: MACHADO, Nivaldo et al. (Org.). Pensar o Direito. Rio do Sul: Editora UNIDAVI, 2011, p. 66-71.

tanto a partir da relação com um forte senso de patriotismo/nacionalismo (amor à pátria), impondo-se ao governante a renúncia aos seus interesses meramente egoísticos (glória pessoal) em prol da glória da pátria; como da preocupação com a construção de instituições políticas (governos) duradouras, capazes de legar às gerações futuras a estabilidade política e a segurança necessárias à manutenção do Estado.⁶¹

De fato, na doutrina maquiaveliana a noção de bem comum tem seu epicentro significativo nas ideias de “glória da pátria” e “salvação do Estado”, com vistas à estabilidade das instituições políticas e aos seus grandes feitos, o que legitima e justifica as práticas políticas do governante (ainda que injustas, cruéis ou ignominiosas). A ação exitosa do governo no sentido de manter ao máximo possível a unidade e a segurança da nação representaria o próprio fim último do Estado. Isso, inclusive, levou estudiosos da evolução histórica do pensamento político a atribuir ao secretário florentino a antecipação das bases teóricas para o que posteriormente ficou conhecido como a “teoria das razões de Estado”.⁶²

⁶¹ Esses elementos políticos formadores da noção de “bem comum” no pensamento maquiaveliano ficam evidentes em várias passagens da obra *O Príncipe*, sintetizando-se, inclusive, no seu Capítulo XXVI, em que o filósofo exorta um “novo príncipe” a tomar a Itália e libertá-la das mãos dos bárbaros. Nesse sentido: MAQUIAVEL, *O príncipe*..., p. 123-127.

⁶² Para uma contextualização introdutória da teoria das razões de Estado, vale ressaltar: “A tradição de pensamento indicada pela expressão Razão de Estado compreende todo o curso histórico da Europa moderna e das áreas a ela culturalmente ligadas (a América particularmente). Nela se pode distinguir algumas linhas particularmente significativas. O ponto de partida se situa no limiar da Idade Moderna e é constituído pelas instituições geniais e inspiradoras de Maquiavel, com que começa a emergir, em seus contornos mais gerais, o conceito de Razão de Estado, mas não ainda a sua exata formulação verbal [...] O segundo momento especialmente significativo desta tradição está na reflexão e análises dos mestres da razão e dos interesses de Estado, em sua maioria italianos e franceses, da segunda metade do século XVI e do século XVII [...] Esta doutrina atingiu depois um momento de enorme esplendor e de um altíssimo nível de conceituação na cultura alemã do século XIX e primeira metade deste”. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. Tradução de João Ferreira. v. I. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 1067. Para uma análise da teoria das razões de Estado a partir das obras de MAQUIAVEL e de Giovanni BOTERO, consultar: NUNES, Diego. Entre “O Príncipe” e a “Razão de Estado”: apontamentos sobre a arte de governar entre as obras de Maquiavel e

Na trilha da reconstrução histórica da noção de “bem comum”, outra original contribuição filosófica à formação do pensamento político se encontra na doutrina de Jean-Jacques ROUSSEAU (1712 – 1778 d.C.), sobretudo na sua obra *Do Contrato Social*.⁶³ A teoria rousseauiana sustenta a existência de um “estado de natureza” anterior à formação da sociedade (estado civil). Entretanto, o homem natural do contratualismo rousseauiano é o oposto do “lobo do homem” descrito por Thomas HOBBS (1588 – 1679 d.C.) no seu *Leviatã*.⁶⁴ Trata-se de

Botero. Revista Discente do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, Florianópolis, ano 1, n. 1, p. 126-145, jul./dez. 2008.

⁶³ O pensamento rousseauiano sofre críticas relacionadas à ausência de unidade, coerência e totalidade sistemática na sua teoria política, a partir de uma contradição entre os principais textos políticos de ROUSSEAU (*O Discurso sobre a Origem da Desigualdade* e *Do Contrato Social*), já que no primeiro o filósofo apresenta um pessimismo antissocial que contrasta com o otimismo evidenciado no segundo. Na verdade, a compreensão adequada dos principais conceitos da segunda obra está diretamente vinculada à problemática desenvolvida na primeira. O *Contrato Social* deve ser lido como uma proposta de sociedade ideal, uma utopia alternativa, onde a liberdade e a igualdade se articulem indissociavelmente, no plano do dever ser, enquanto que *O Discurso* retrata a realidade daquele momento histórico (sociedade civil da época), situado no plano do ser. Nesse sentido: HAUSER, Ester Eliana. O ideal democrático no pensamento político de Jean-Jacques Rousseau. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). Introdução à história do pensamento político. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 168.

⁶⁴ Inegavelmente, HOBBS foi um autor polêmico e seu pensamento político transcendeu os debates do seu tempo, chegando até os dias atuais. A teoria política hobbesiana parte da análise do homem para explicar o Estado (*Leviatã*). Nas palavras de André Lipp Pinto Basto LUPI: “Pois se o *Leviatã* é o homem artificial construído por todos, seria preciso, conforme o método cartesiano, desmembrá-lo em partes para entender o todo. E a parte do *Leviatã* é cada um dos homens que o compõe”. Na sua análise do homem, aproxima-se de MAQUIAVEL, sendo que ambos “consideravam o homem um ser egoísta, predisposto a cometer atos antissociais. Aliada ao princípio da autopreservação, esta noção permite que Hobbes deduza a figura da guerra de todos contra todos, um estado de natureza em que cada homem luta pela sua sobrevivência, sem que haja barreiras sociais para impedir a sua atuação, mesmo quando age contra o seu semelhante”. A competição, a desconfiança e a glória são as razões da discórdia na natureza do homem. HOBBS cita o *Leviatã* das escrituras de Jó (o Rei de todos os filhos da soberba) como poder soberano capaz de manter (viabilizar) a vida em sociedade, por meio da coerção (monopólio da lei nas mãos do monarca soberano). Na teoria hobbesiana, o pior de todos os males seria a guerra civil, a disputa de todos contra todos (estado de natureza). Para

um indivíduo que naturalmente preserva seu bem-estar e conservação (o amor de si, diferente de amor próprio), bem como age com sentimento de piedade em relação aos seus semelhantes.

Para ROUSSEAU, o homem não se organiza em sociedade para se proteger dos seus semelhantes, para garantir sua propriedade, mas para melhor enfrentar as forças da natureza e mais facilmente vencer os obstáculos naturais. Nesse processo de socialização, o homem sai do seu isolamento e torna-se dependente dos outros, uma socialização anterior e preparatória ao contrato social. Desta fase podem seguir dois “modelos ideais” de contrato: um contrato iníquo, do qual resulta uma sociedade injusta, onde os indivíduos são alijados da liberdade e da igualdade; e um contrato legítimo, capaz de gerar uma sociedade que respeite e fomente os fundamentos naturais do indivíduo, uma sociedade igualitária (igualdade política e substancial) e base de uma política fundada no interesse comum (estado civil do *Contrato Social*).⁶⁵

No pensamento político rousseauiano não há lugar para a autoridade de um homem sobre os demais a não ser pela via de uma convenção (acordo livre e consciente). No estado civil (sociedade civil), o indivíduo não perde sua liberdade, apenas deixa a sua “liberdade natural” (limitada e garantida apenas por sua própria força) para adquirir a “liberdade civil”, um modelo de “liberdade moral” que é limitada apenas pela “vontade geral”. Essa vontade geral do corpo político (cidadãos) constitui-se na expressão da soberania na sociedade civil ideal. Mas a soberania da vontade geral não se coaduna com a ideia de

caracterizá-la, o filósofo busca a representação do monstro *Behemot* (símbolo da rebelião), que deve ser dominado por *Leviatã*. Se o pior dos males é a guerra civil, isso justificaria a criação do Estado, uma autoridade forte que, ainda que viesse a tolher a liberdade, garantiria a segurança e a vida dos homens. Para proteger-se da insegurança do estado de natureza, o homem pactua a criação de um soberano absoluto para sua defesa e segurança (*Leviatã*), com a cessão de parte de sua liberdade em troca de segurança. O Estado criado pelo pacto social é o homem artificial, o Estado formado pelo pacto de cada um dos homens que o compõe. Nesse sentido: LUPI, André Lipp Pinto Basto. Uma abordagem contextualizada da teoria política de Thomas Hobbes. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). Introdução à história do pensamento político. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 103-129; HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

⁶⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social ou princípios de Direito Público. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 3. ed. 3. tir. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 20-26.

propriedade ilimitada, nem com uma sociedade desigual em níveis de riqueza. A propriedade e a riqueza devem estar subordinadas ao interesse comum, sob pena de o interesse particular sobrepor-se ao interesse geral.⁶⁶

Realmente, a noção de “vontade geral” é central à filosofia política rousseauiana, representando mesmo a pedra de toque e o coração da democracia no contrato social de ROUSSEAU. Constitui-se no canal de interação dos interesses que cada pessoa tem em comum com as demais, pelo que a promoção do seu interesse reflete nos interesses de todas as outras pessoas, traduzindo o que há de comum no conjunto das vontades individuais. Trata-se da manifestação do corpo soberano do Estado (povo), sendo um poder indivisível e inalienável, pelo que “só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado em conformidade com o objetivo de sua instituição, que é o bem comum: pois, se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, foi o acordo desses mesmos interesses que o tornou possível”.⁶⁷

Na teoria contratualista⁶⁸ rousseauiana, a vontade geral não prescinde de dois componentes legitimadores da sua instauração:

⁶⁶ Na doutrina política de ROUSSEAU, cada membro do corpo político é cidadão e súdito: cidadão porque membro do soberano e participante da atividade do corpo político; súdito porque obediente às leis votadas pelo corpo político. Como o indivíduo, submete-se às leis que ele mesmo votou, é soberano de si mesmo, não perdendo com isso a sua liberdade. Frente à assembleia (parte ativa do corpo político) o indivíduo é soberano, frente ao Estado (parte passiva) é súdito. Nesse sentido: HAUSER, *O ideal democrático...*, p. 176-177.

⁶⁷ ROUSSEAU, *O contrato social...*, p. 33.

⁶⁸ Ainda que transborde os limites da presente abordagem, convém pelo menos traçar as linhas gerais do contratualismo, enquanto escola do pensamento político moderno. Nesse sentido: “Com o Contratualismo tornou-se comum identificar teorias muito diversas entre si [...] Em sentido muito amplo o Contratualismo compreende todas aquelas teorias políticas que vêm a origem da sociedade e o fundamento do poder político (chamado, quando em quando, *potestas*, *imperium*, Governo, soberania, Estado) num contrato, isto é, num acordo tácito ou expresso entre a maioria dos indivíduos, acordo que assinalaria o fim do estado natural e o início do estado social e político. Num sentido mais restrito, por tal termo se entende uma escola que floresceu na Europa entre os começos do século XVII e os fins do XVIII e teve seus máximos expoentes em J. Althusius (1557-1638), T. Hobbes (1588-1679), B. Spinoza (1632-1677), S. Pufendorf (1632-1694), J. Locke (1632-1704), J.-J. Rousseau (1712-1778), I. Kant (1724-1804) [...] É igualmente necessário fazer uma distinção analítica entre três possíveis níveis explicativos; há os que sustentam que a passagem do

primeiro, a ideia de que a participação de todos na soberania do corpo social (igualdade política) deve ser acompanhada de um determinado nível de igualdade substancial, imprescindível para assegurar a própria participação e a igualdade política entre os cidadãos; segundo, um princípio racional de moralidade política, que mantém a vontade geral a salvo de todos aqueles interesses diversos do verdadeiro interesse comum.

Assim, para uma melhor compreensão da noção de vontade geral na teoria política de ROUSSEAU, é necessário lançar luzes sobre os contornos das suas categorias laterais: a “vontade particular”, a “vontade corporativa” e a “vontade de todos”.

A vontade particular é a vontade privada ou pessoal do indivíduo (cidadão), que não propende senão ao seu proveito particular, o desejo de alcançar e satisfazer os seus interesses e vantagens pessoais, sem a consideração por desejos ou interesses alheios que não lhe possam aproveitar diretamente. Por conseguinte, embora a vontade particular possa até mostrar-se eventual e pontualmente de acordo com a vontade geral, é impossível que isso seja constante e duradouro, já que enquanto a vontade geral pugna pela igualdade (igualdade política e substancial), àquela interessam predileções e favorecimentos. Há, ainda, os casos de conflito entre a vontade particular e a vontade geral, situações de elevado risco, sobretudo naquelas situações em que os atores interessados possam buscar subverter a vontade geral ou disfarçada e sorrateiramente fraudá-la e substituí-la pela vontade particular por meio de argumentos e composições de ocasião.⁶⁹

estado de natureza ao estado de sociedade é um fato histórico realmente ocorrido, isto é, estão dominados pelo problema antropológico da origem do homem civilizado; outros, pelo contrário, fazem do estado de natureza mera hipótese lógica, a fim de ressaltar a ideia racional ou jurídica do Estado, do Estado tal qual deve ser, e de colocar assim o fundamento da obrigação política no consenso expresso ou tácito dos indivíduos a uma autoridade que os representa e encarna; outros ainda, prescindindo totalmente do problema antropológico da origem do homem civilizado e do problema filosófico e jurídico do Estado racional, veem no contrato um instrumento de ação política capaz de impor limites a quem detém o poder. BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, *Dicionário de Política...*, p. 272.

⁶⁹ PINTO, Maurício Morena. A noção de vontade geral e seu papel no pensamento político de Jean-Jacques Rousseau. Cadernos de Ética e Filosofia Política do Programa de Pós-Graduação do Departamento de Filosofia da USP, São Paulo, n. 7, p. 83-97, 2. sem. 2005, p. 86-87.

Por sua vez, a vontade corporativa é aquela que decorre dos interesses comuns de um grupo de pessoas (corporação), que ostentam desejos comuns tanto distintos daqueles que todas as pessoas têm como membros do Estado (sociedade civil), como também diversos dos interesses de cada indivíduo enquanto tal (separadamente). As vontades corporativas traduzem interesses gerais em relação ao grupo e particulares se confrontados ao Estado (todo dos cidadãos), não podendo ser confundidos com a vontade geral. Ainda que não habitem um necessário campo de colisão, a doutrina rousseauiana condena com veemência todo o tipo de “facções”,⁷⁰ deturpadoras e escamoteadoras da vontade geral. Esta não pode ser identificada naquelas “decisões majoritárias que, num contexto só aparentemente democrático, encerram uma confrontação eleitoral ou um debate político, devendo-se considerar, portanto, irrelevantes, do ponto de vista da vontade geral, as decisões tomadas num clima político dominado por facções”.⁷¹

Mas a distinção por excelência e mais complexa da teoria política de ROUSSEAU está na contraposição entre a vontade de todos e a vontade geral. Diferente da vontade geral (interesse comum), a vontade de todos reflete interesses privados e não passa de uma soma das vontades particulares. Conquanto possam até coincidir, ainda que aproximadamente, com os interesses da vontade geral (interesse comum), os interesses da vontade de todos acabam por refletir e veicular somente desejos privados que são “comungados” de forma instável e contingencial (relativa), pelo que o “interesse comum não é o interesse de todos, no sentido de uma confluência dos interesses particulares, mas o interesse de todos e de cada um enquanto componentes do corpo coletivo e exclusivamente nesta qualidade”, o que alerta para o inegável “perigo de predominar o interesse da maioria, pois, se é sempre possível conseguir a concordância dos interesses privados de um grande número, nem por isso assim se estará atendendo ao interesse comum”.⁷²

Não se trata, pois, de pretender uma unanimidade de ideias em torno da vontade geral (interesse comum legítimo). A questão é muito menos numérica e matemática e muito mais ética e política. Do conjunto

⁷⁰ Ultrapassa os limites do presente estudo o debate mais aprofundado sobre a questão das “facções” em ROUSSEAU e no pensamento de outros filósofos da Modernidade. Sobre o tema, consultar: PINZANI, Alessandro. Os demônios e as facções: Kant e Madison sobre paixões e instituições. *Crítica: Revista de Filosofia da Universidade Estadual de Londrina*, v. 11, n. 33, p. 131-152, 2006.

⁷¹ PINTO, *A noção de vontade geral...*, p. 87.

⁷² *Ibidem*, p. 89.

de inevitáveis divergências que compõem o complexo mosaico dos legítimos desejos e interesses de uma comunidade política (corpo social), a expressão da vontade geral estará naquele conjunto de elementos de consenso ou interesses comuns para os quais converge a sociedade.

Nada obstante, essa noção de bem comum a partir do conceito rousseauiano de vontade geral acaba por sofrer duras críticas, taxada de um modelo individualista de matriz claramente utilitarista,⁷³ na medida em que supera e afasta aquela ideia tomista de bem comum, impregnada de um cunho moral e ideológico (solidariedade social), pela máxima da vontade geral, que teria no viés utilitário e legalista do consentimento (contrato) o seu fundamento de legitimação. Uma legalidade que adquire um caráter quase sagrado, típico do liberalismo individualista (a racionalidade da lei assumiria uma feição de divindade incontestável), “inteiramente desvinculado de qualquer conteúdo axiológico; ela vale por si mesma. Idealizada como instrumento de proteção das liberdades individuais, acaba por colocar em risco essas mesmas liberdades, tornando-se instrumento de opressão”.⁷⁴

Embora razoáveis, não parece que estas críticas caibam diretamente no pensamento rousseauiano, no sentido de reduzi-lo à mais acabada doutrina liberal-individualista de feições utilitaristas, pois não se pode olvidar que a teoria política de ROUSSEAU conduz à construção de um conceito de vontade geral sobre o fundamento de um insuprimível componente moral, que exige a construção da sociedade a partir de um modelo de igualdade substancial.

Por outro lado, também parece inegável que, sem esse componente moral, o edifício teórico rousseauiano desmoronaria e sucumbiria facilmente à dinamite totalitária e autoritária das maiorias de ocasião, tão comuns na atualidade, que falseiam e encobrem interesses egoísticos e parciais sob uma densa cortina de fumaça, envolvidos sob os quase sempre oscilantes e casuísticos contornos de um “interesse público”, quase que revelado de forma mítica ou divina por autoridades usurpadoras da legítima e democrática vontade, construída a partir do consenso soberano do povo e assentada nas Constituições contemporâneas.

De toda essa recuperação histórica do rico pensamento político ocidental, pode-se conceber que a noção de bem comum constitui-se a

⁷³ A questão referente ao utilitarismo e sua relação com a teoria da supremacia do interesse público será retomada no subitem 2.3.2.1 do capítulo segundo.

⁷⁴ DI PIETRO, *O princípio da supremacia do interesse público...*, p. 88-90.

partir de uma constante moral, um conceito indeterminado (mas determinável) que guarda destacada relevância e ingerência na relação de integração entre os interesses individuais ou de grupos de pessoas com os interesses gerais de uma comunidade política. Ainda que a noção de bem comum possa trazer em si a ideia de negação e contraposição a interesses individuais ou corporativos, que acabariam por sucumbir aos “interesses maiores” da coletividade, um conceito moralmente legítimo de bem comum deve surgir da afirmação desse caldo de diversidades e (aparentes) contradições de interesses dos mais variados matizes e não da construção de um pensamento unitário ou da unanimidade em torno das questões de interesse coletivo ou geral.

Não se pode jamais esquecer que a construção da coletividade parte do indivíduo, que tem aspirações próprias e legítimas e que não podem ser ignoradas ou sufocadas pelo sentimento coletivo. O adequado balanceamento e composição desses interesses, por vezes conflitantes, parece ser o ponto de equilíbrio necessário à efetiva construção de uma comunidade política justa e capaz de alcançar aquele bem comum supremo aristotélico: a felicidade!

Inegavelmente, a dinâmica sociopolítica conduz à diversidade e contraposição de interesses, cabendo aos poderes constituídos não a imposição de valores unitários e perpétuos (fundados em verdades monolíticas e excludentes), mas a construção de consensos inclusivos gestados a partir dessa assimetria social, “capazes de originar uma unificação de vontades”.⁷⁵

Estabelecida essa breve genealogia político-jurídica da noção de bem comum, convém prosseguir agora na análise dos contornos do conceito de interesse público a partir do advento do Estado moderno, desde as suas acepções características do Estado liberal, passando pelo Estado social e culminando com as reformulações que têm marcado esse período posterior à Segunda Guerra Mundial, na busca de elementos constitutivos de um adequado conceito de interesse público na contemporaneidade.

⁷⁵ Nesse sentido: BITTENCOURT, Juliana Castilho. Interesse público e vontade geral: constatações do desvio de finalidade. 2008. 112 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2008, p. 34.

2.3 SOBRE A NOÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO NO ESTADO MODERNO

A doutrina política atribui o “moderno” emprego do termo “Estado” (*status*), na intenção de configurar sociedades políticas organizadas e permanentes, ao já citado livro “*O Príncipe*”, obra que representa um importante marco para a ciência política e para o estudo da teoria do Estado, cabendo, para muitos, a MAQUIAVEL o título de “fundador da ciência política”.⁷⁶

Ainda que seja bastante controverso e equívoco o conceito de Estado, Paulo BONAVIDES o apresenta em três acepções basilares: a filosófica, a jurídica e a sociológica. Do ponto de vista filosófico, o Estado pode ser definido como a “‘realidade da ideia moral’, a ‘substância ética consciente de si mesma’, a ‘manifestação visível da divindade’”. No sentido jurídico, a partir da doutrina kantiana, o Estado pode ser entendido como a “reunião de uma multidão de homens vivendo sob as leis do Direito”.⁷⁷ Por fim, sob o prisma sociológico, o

⁷⁶ ARON, Raymond. Prefácio da obra o Príncipe. Tradução de Maria Júlia Goldwasser. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. XI.

⁷⁷ O Estado de direito em Immanuel KANT (1724 – 1804 d.C.) tem um traço marcadamente jurídico. Conforme já defendido alhures, na doutrina kantiana o “que caracteriza a atividade do Estado é a atividade jurídica, a instituição e manutenção de um ordenamento jurídico como condição para a coexistência das liberdades externas. Não se fala em Estado de direito como o Estado regulado ou limitado pelo Direito. Trata-se, sim, de uma ideia de Estado em que haja a possibilidade de coexistência mútua entre os indivíduos, segundo uma lei universal de liberdade. Pode-se buscar, ainda, no pensamento kantiano um modelo de Estado de direito que assegura ‘o seu’ de cada um, em decorrência do princípio jurídico da liberdade que pode ser assim exposto: ‘Lesame qualquer um que aja conforme uma máxima segundo a qual é impossível ter como meu um objeto de meu arbítrio’; porque uma constituição civil é tão-somente o Estado de direito que assegura a cada um o Seu; mas sem que esse estado o constitua nem o determine, propriamente falando’. A ideia de liberdade é a marca distintiva do Estado de direito kantiano. Um estado de coisas em que o arbítrio de cada um é limitado pelo arbítrio dos demais, segundo um imperativo da razão. O Estado de direito que garante as liberdades externas dos indivíduos, segundo uma lei universal de liberdade, na doutrina kantiana constitui-se em um Estado paulatinamente mais igualitário, vez que a ideia de liberdade em Kant encerra um postulado igualitário, a liberdade como princípio que deve valer para todos”. Nesse sentido: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A doutrina do Direito de Immanuel Kant. In: MACHADO, Nivaldo et al. (Org.). Pensar o Direito. Rio do Sul: Editora UNIDAVI, 2011, p. 121;

Estado constituir-se-ia em uma “instituição social, que um grupo vitorioso impôs a um grupo vencido, com o único fim de organizar o domínio do primeiro sobre o segundo e resguardar-se contra rebeliões intestinas e agressões estrangeiras”. Nas palavras de BONAVIDES, o Estado representa a “corporação de um povo, assentada num determinado território e dotada de um poder originário de mando”.⁷⁸

Já para Dalmo de Abreu DALLARI, a partir de um viés claramente aristotélico-tomista, o conceito de Estado deve ser marcado por uma finalidade central e precípua: a noção de bem comum. Partindo da ideia de bem comum propagada pela Doutrina Social da Igreja, com base na Carta Encíclica Paz na Terra (*Pacem in terris*) do Papa JOÃO XXIII (publicada em 11 de abril de 1963), que definiu o bem comum como o “conjunto de todas as condições de vida social que consistam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana”,⁷⁹ DALLARI conceitua o Estado como a “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”.⁸⁰

Sob a perspectiva da evolução histórica do Estado moderno e das razões do seu aperfeiçoamento, WOLKMER afirma que o Estado, “enquanto fenômeno histórico de dominação, apresenta originalidade, desenvolvimento e características próprias para cada momento histórico e para cada modo de produção”. Inclusive, isso “pode ser comprovado com a escravidão na antiguidade, com a subordinação plena das organizações políticas ao poder da Igreja no feudalismo e com a secularização e unidade nacional na modernidade”, o que permite considerar que “o moderno Estado centralizado é produto das condições estruturais inerentes ao capitalismo burguês europeu, não sendo, portanto, mero reflexo evolutivo ou aperfeiçoamento de outros tipos históricos de Estados anteriores (Estado Antigo, Cidade-Estado, Estado Medieval)”.⁸¹

KANT, Immanuel. Doutrina do Direito. Tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1993.

⁷⁸ BONAVIDES, Paulo. Ciência política. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 57-68.

⁷⁹ Nesse sentido: Parágrafo 56 da Encíclica Paz na Terra. JOÃO XXIII, Papa. Carta Encíclica *Pacem in Terris*. Vaticano, 1963. Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem_po.html#_ftn36>. Acesso em: 26 out. 2013.

⁸⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 118.

⁸¹ WOLKMER, Antonio Carlos. Elementos para uma crítica do Estado. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 21.

2.3.1 O alvorecer do Estado moderno: o Estado Absolutista

A atual noção de Administração Pública⁸² e o conceito de interesse público guardam visceral ligação histórica e sociopolítica com a ideia de Estado moderno, que sucedeu ao feudalismo medieval. Há, inclusive, consolidado entendimento de que o próprio ramo do Direito Administrativo como “direito da Administração”, na sua moderna acepção, estruturou-se a partir da formação do Estado de direito, de feição liberal-individualista, como instrumento de limitação dos poderes constituídos, sob o primado da separação de poderes – a partir da distinção das três funções precípua do Estado (a legislativa, a executiva e a judicial).⁸³

Mas não se pode olvidar que, no alvorecer do Estado moderno, houve um modelo de governança bastante interessante e peculiar, no chamado Estado de polícia, comum à Monarquia Absolutista. No Estado de polícia, o governo encontra-se legalmente incondicionado, sem limites na sua atuação. A fonte de todo o Direito é a pessoa subjetiva do rei, representante divino na terra,⁸⁴ sendo a sua vontade a lei suprema e a

⁸² A fim de sanar quaisquer confusões semânticas, o uso da expressão escrita com letras minúsculas aqui se refere à atividade administrativa, restando à grafia com maiúsculas – Administração Pública – quando alusiva ao conjunto de entidades jurídicas que podem desenvolver a atividade administrativa. Nesse sentido, o acordo semântico proposto por Marcello CAETANO. CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. v. I. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 05-06. No mesmo sentido, ver: RIVERO, Jean. Direito Administrativo. Tradução Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981, p. 13.

⁸³ O tema das origens do Direito Administrativo moderno será retomado posteriormente, inclusive a partir de uma perspectiva crítica da “história oficial” e análise crítica da crítica. Apenas para adiantar, nesse último sentido: GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do Direito Administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 182-195.

⁸⁴ A evolução do absolutismo pode ser dividida em dois períodos: o primeiro que se estende até princípios do século XVIII, em que a monarquia se firma no “direito divino”; e, uma fase subsequente, quando se procura atribuir ao poder uma fundamentação racionalista dentro do ambiente de iluminismo dominante, conhecido como “despotismo esclarecido”. MIRANDA, Jorge. Manual de

síntese de todos os interesses do Estado enquanto comunidade política. Nesta quadra, como adverte Marçal JUSTEN FILHO, no Estado absolutista “não seria exagerado afirmar que a totalidade dos interesses públicos estava na titularidade do Estado. Aliás, confundia-se interesse público e interesse do soberano”.⁸⁵

O rei é o criador, executor e julgador da e segundo a lei, podendo, entretanto, decidir contrariamente à norma que ele mesmo instituiu. Este modelo de Estado foi-se atenuando, gradativamente, primeiro com a separação entre a figura subjetiva do rei e as relações entre o fisco e os súditos, que passaram a não mais ser reguladas pelo Direito de Polícia (*jus politiae*), mas pelo Direito Civil.⁸⁶

A separação entre o Estado propriamente dito, dotado de soberania e regulado pelo Direito de Polícia, e o Fisco, entidade de Direito Privado, destituída de soberania, é, certamente, um dos aspectos característicos do Estado absolutista. Desta forma, apenas o “Fisco entra em relações jurídicas com os particulares, contrata, se obriga, comparece em juízo, só contra ele podem os particulares reivindicar direitos subjectivos”.⁸⁷

O Estado absolutista pode ser situado historicamente como um Estado de transição, do que decorre sua destacada importância, na medida em que consolidou a centralização do poder político na figura do monarca, diferentemente do modelo descentralizado característico da organização política feudal, preparando o advento do Estado liberal, fundado no modo de produção capitalista.

2.3.2 Estado liberal de direito e interesse público

A superação do Estado absolutista pelo Estado de direito veio marcada pela consolidação do princípio da legalidade (razão de legitimação e limitação do poder estatal), sobretudo pelo respaldo aos interesses econômicos e políticos da burguesia emergente do século XVIII, sensivelmente influenciada pelo apogeu do pensamento

Direito Constitucional: preliminares – o Estado e os sistemas constitucionais. t. I. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 80.

⁸⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 26, p. 115-136, 1999, p. 116.

⁸⁶ Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Silvy Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 11-13.

⁸⁷ MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional...*, p. 80.

iluminista, base do liberalismo e das lutas pela garantia de liberdade aos cidadãos frente aos governos despóticos. A burguesia emergente reclamava uma entidade política forte o bastante para garantir seus direitos à liberdade e à propriedade. Para o liberalismo clássico, base filosófica do Estado liberal de direito, a lei detinha a função de garantir, por meio do Estado, a segurança da burguesia, seu direito à “liberdade de propriedade” em sentido amplo.⁸⁸

Claramente fundado na ideia de soberania da legalidade (visceralmente vinculada ao conceito de vontade geral e voltada à proteção das liberdades individuais), pode-se dizer que o advento do Estado de direito dependeu de um conjunto de condições determinantes.

⁸⁸ No liberalismo clássico, a defesa da propriedade como direito natural do homem, pode ser recuperada a partir do pensamento político de John LOCKE (1632 – 1704 d.C.). Diferente do estado de natureza em HOBBS (constante guerra de todos contra todos), para LOCKE o estado de natureza não é, necessariamente, mau. Os homens são livres, iguais e independentes. Ordenam suas vidas e dispõem de seus bens segundo seus interesses. O direito à liberdade, à vida e à propriedade somente encontra limite na lei natural. E como não existem soberanos, ou todos são soberanos, vige a jurisdição recíproca, em que cada um é juiz em causa própria. Sempre que um bem é tolhido ou turbado, cabe à vítima da agressão julgar o caso, aplicando a lei natural, e executar a decisão. Esse seria o maior inconveniente do estado de natureza, já que o homem sendo juiz em causa própria não é imparcial, não pune e sim se vinga do agressor. Daí a degeneração em estado de guerra. Com o contrato social cria-se a sociedade, em que os homens buscam a segurança de seu direito mais precioso, a propriedade, posto em perigo pela insegurança advinda da jurisdição recíproca do estado de natureza. Este não deve ser extinto e sim corrigido, mantendo-se o direito natural à propriedade. A sociedade civil vem trazer segurança à propriedade, na medida em que o poder de julgar é posto nas mãos de um juiz imparcial. Os homens formam a sociedade não para preservar a vida ameaçada pela falta de leis, mas para consolidar o direito natural à propriedade. Para LOCKE, o principal direito a ser defendido é o direito à propriedade, que é adquirida pelo homem mediante o emprego de seu trabalho, pelo qual o homem modifica um dado objeto transformando-o em sua propriedade, distinta da propriedade comum dos demais. Mas na teoria política de LOCKE, não se pode reduzir a noção de propriedade à ideia corrente de bens tangíveis, já que, em sentido amplo, a propriedade englobaria também diversos outros direitos, como o próprio direito à liberdade e à vida. Nesse sentido, consultar: LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil. 2. ed. São Paulo: Editora Abril, 1978; ABAL, Rafael Peixoto. O pensamento político de John Locke. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). Introdução à história do pensamento político. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 140-153.

Neste quadrante, vale ressaltar, inicialmente, a construção política de um poder estatal unitário e o fenômeno do Direito positivado. Na mesma linha, é central a importância da burguesia, enquanto classe interessada na mudança da estrutura de poder e detentora dos meios necessários para desencadeá-la, bem como a separação entre o Estado e a sociedade, sob a aspiração de que a prosperidade desta seria atingível a partir de decisões livres das vontades individuais. Por fim, jogou papel central “a ruptura revolucionária com o poder estatal tradicional e, por consequência, a necessidade de constituir um novo poder estatal legítimo e compatível com a autonomia da sociedade”.⁸⁹

Na verdade, convém ressaltar que a expressão “Estado liberal de direito” é aqui empregada pelo de fato estar consagrada pela doutrina jurídico-política, ainda que não pareça a mais adequada. Para tomar como exemplo o caso brasileiro, em última análise o atual modelo de Estado também apresenta um rol de direitos de caráter liberal (direitos de liberdade), porquanto fundado sobre uma ordem constitucional que garante diversos direitos individuais típicos do liberalismo clássico, como atestam vários dos incisos do artigo 5º da Constituição Federal e outros dispositivos normativos espalhados pelo texto constitucional. Mas isso não autoriza dizer, por outro lado, que o Estado constitucional brasileiro está fundado em uma Constituição liberal.

Sem embargo, o Estado cada vez mais diminui sua intervenção em alguns setores da economia. Ainda que, de forma aparentemente contraditória, promova sensíveis medidas de intervenção em situações pontuais, como para realizar operações de salvamento do sistema financeiro, conduzindo-se a uma forma muito peculiar e cambiante de Estado mínimo para alguns setores (sociais e econômicos), mas intervencionista/protecionista em outras esferas.

Assim, parece que para fazer referência ao modelo de Estado típico do liberalismo clássico seria mais adequado falar em “Estado legal de direito”, uma vez que, com a derrocada do Estado absolutista e a ascensão do Estado de direito, houve, de fato, uma verdadeira substituição do império da vontade do monarca (governos dos homens) pelo império da vontade da lei (governo das leis),⁹⁰ uma espécie de

⁸⁹ GABARDO; HACHEM, *O suposto caráter autoritário...*, p. 164.

⁹⁰ Na obra “*O Futuro da Democracia*”, BOBBIO promove uma interessante reflexão acerca da contraposição entre dois diferentes sistemas de exercício do poder (modelos de dominação), que designa como o “governo dos homens” e o “governo das leis”, a partir da recuperação do pensamento político ocidental. Nesse sentido: BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das*

totem da racionalidade moderna. A lei passou a ser a vontade soberana, à qual deveriam estar submetidos o Estado e os cidadãos.

No Estado de direito de modelo liberal oitocentista, o conceito de interesse público estava claramente radicado na proteção daquele peculiar modelo de individualismo. Para a sociedade liberal-burguesa que se consolidou até os finais do século XVIII, o papel destacado do Estado residia na defesa das liberdades individuais e na proteção dos particulares em face do próprio Estado. Por conseguinte, a concepção liberal de defesa do interesse público está fundada na garantia do conjunto de interesses privados, notadamente (mas não exclusivamente) na esfera do liberalismo econômico, sendo que “o bem comum não era algo materialmente definido pelo Estado ou pela coletividade: ele estaria no livre desenvolvimento das vontades individuais, limitadas às fronteiras estabelecidas pela lei”.⁹¹

Neste sentido, pode-se falar em um “constitucionalismo de primeira dimensão”, de feição marcadamente liberal-individualista, a partir do modelo de Estado legislativo-abstencionista, do que podem figurar como exemplos a Constituição estadunidense de 1787 e a Constituição francesa de 1791, fundada essencialmente na defesa dos chamados “direitos de primeira geração”.⁹² Na verdade, sobre as bases de um modelo liberal-abstencionista de Estado de direito, erigido a partir de uma sociedade individualista em formação (burguesia), o papel do Estado na satisfação do interesse público estava muito mais vinculado a uma expressão negativa (não-intervencionista), garantidor do exercício da autonomia da vontade privada dos indivíduos que compunham o tecido social. A busca da felicidade (bem supremo aristotélico-tomista) e o alcance dos bens da vida necessários a sua satisfação estavam situados na esfera das preocupações do indivíduo (esfera privada), não se constituindo (nem indiretamente) em responsabilidade público-estatal (interesse público).

regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 151-171. Para um estudo mais aprofundado sobre essa parte do pensamento político de BOBBIO, consultar: MELLO, Sérgio Cândido de. Norberto Bobbio e o debate político contemporâneo. São Paulo: ANNABLUME, 2003, p. 22-32.

⁹¹ GABARDO; HACHEM, *O suposto caráter autoritário...*, p. 173.

⁹² A expressão “direitos de primeira geração” é retirada da obra de BOBBIO, a significar aqueles chamados “direitos de liberdade”, “liberdades públicas” ou “direitos negativos”. Nesse sentido: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 09.

O Estado e as leis deveriam estar a serviço da defesa das liberdades individuais (em especial no jogo econômico), pelo que o interesse público estaria resumido e restaria cumprido a partir da proteção dos direitos e interesses dos indivíduos (livre iniciativa privada), enquanto partes integrantes da sociedade que se constituiria por meio do desenvolvimento autônomo daqueles.

2.3.3 A noção de interesse público no Estado social de direito

A feição liberal-abstencionista de Estado de direito e de interesse público, construída a partir de uma (pouco adequada) visão homogeneizante dos interesses sociais e insensível a uma profunda situação de desigualdade social, fortemente recrudescida, sobretudo, a partir da Revolução Industrial,⁹³ começou a ceder espaço ao advento do “Estado social de direito”.

Os marcos normativos originários da passagem do Estado liberal para o Estado social de direito são comumente recuperados a partir das Constituições mexicana de 1917 e alemã de 1919, aqui designado como “constitucionalismo de segunda dimensão”, de feição marcadamente social e fundada em um modelo de Estado prestacionista e intervencionista, a partir da normatização de um extenso rol de direitos sociais (direitos de segunda geração).⁹⁴ Entretanto, a evolução de um modelo estatal intervencionista, com certa ampliação do reconhecimento (embora quase que exclusivamente normativo) de direitos sociais, já pode ser notada na Alemanha desde a segunda metade do século XIX, em concomitância com a crise do modelo liberal-individualista de Estado.⁹⁵

⁹³ Para estudos mais aprofundados sobre a Revolução Industrial e suas influências e desdobramentos na sociedade moderna, pode-se consultar: HOBBSAWM, Eric J. *A era das revoluções: 1789-1848*. Tradução de Marcos Penchel e Maria L. Teixeira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009; HOBBSAWM, Eric J. *Da revolução industrial inglesa ao imperialismo*. Tradução de Donaldson Magalhães Garschagen. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

⁹⁴ Na difundida classificação proposta por BOBBIO, os chamados “direitos de segunda geração”, típicos de um constitucionalismo social, referem-se em geral a interesses difusos e coletivos relacionados a dignas condições de trabalho, saúde, educação, previdência etc. Nesse sentido: BOBBIO, *A era dos direitos...*, p. 09.

⁹⁵ Para um estudo aprofundado acerca do Estado liberal e a passagem para o Estado social, pode-se consultar: BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996; LUCAS VERDÚ, Pablo.

Desse modo, pode-se recuperar como termo inicial de um modelo de Estado intervencionista de feições sociais, ainda que com devidas e acentuadas reservas históricas, sob um prisma muito mais formal que substancial, o governo do chanceler prussiano Otto Von BISMARCK (*Chanceler de Ferro*). Convém ressaltar, por outro lado, que durante o século XIX o papel constitucional dos direitos sociais ficava relegado à condição de meras cláusulas políticas de compromisso, no mais das vezes artificialmente concedidos por elites conservadoras ou liberais reformistas que pretendiam dessarte legitimar o Estado liberal, caracterizado pelo baixo intervencionismo para a contenção das desigualdades sociais, na tentativa de desarticular os movimentos sociais que buscavam um reconhecimento mais amplo de seus interesses. Exemplo paradigmático desse momento histórico é justamente o Estado social autoritário de BISMARCK, no qual os direitos sociais refletiam claras concessões outorgadas *ex principis* por oportunismo político e na intenção de neutralizar as crescentes demandas sociais, muito longe de se constituírem em verdadeiras conquistas decorrentes de movimentos sociais organizados.⁹⁶

A paulatina concretização de um modelo de Estado social de direito, caracterizado por uma perspectiva muito mais preocupada com a pessoa humana e pela busca da satisfação das suas necessidades por meio do aparato estatal (prestacionismo), trouxe consigo a normatização de uma extensa e prodigiosa carta de direitos sociais da pessoa enquanto coletividade (constitucionalismo de segunda dimensão), com a inequívoca reformulação tanto da estrutura estatal e suas responsabilidades (agigantamento do aparelho público), como dos contornos da própria noção de interesse público,⁹⁷ mais afinada com os

Estado liberal de derecho y Estado social de derecho. Madrid: Universidad de Salamanca, 1955; PEREZ LUNO, Antonio Enrique. Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1994.

⁹⁶ Para um estudo aprofundado sobre a evolução do Estado social e da efetivação dos direitos sociais, consultar: PISARELLO, Geraldo. Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Alicante, n. 15, p. 81-107, 2001.

⁹⁷ Nas palavras de ANTUNES: “De facto, um dos aspectos mais relevantes do Estado Social de Direito foi, sem dúvida, a intensificação da intervenção dos poderes públicos, com a consequente proliferação e massificação de interesses públicos, tantas vezes contraditórios entre si, numa dramática historicização e fragmentação do interesse público e do seu direito – o direito administrativo”. ANTUNES, *O Direito Administrativo...*, p. 18.

paradigmas de uma noção cristã de bem comum (Cartas Encíclicas *Rerum Novarum*⁹⁸ e *Pacem in Terris*⁹⁹) e de bem-estar geral.

⁹⁸ Pode-se buscar na vetusta Carta Encíclica *Rerum Novarum* (Das coisas novas), do Papa LEÃO XIII, datada de 15 de maio de 1891, uma posição da Igreja Católica Apostólica Romana sobre a noção de bem comum. Intitulada “*Sobre a condição dos operários*” e voltada a proclamar a necessidade de união e diálogo entre as classes do capital (burguesia) e do trabalho (proletariado), embora não abordasse direta e conceitualmente, a Carta Encíclica *Rerum Novarum* assim dispunha sobre o bem comum: “Mas, ainda que todos os cidadãos, sem exceção, devam contribuir para a massa dos bens comuns, os quais, aliás, por um giro natural, se repartem de novo entre os indivíduos, todavia as constituições respectivas não podem ser nem as mesmas, nem de igual medida. Quaisquer que sejam as vicissitudes pelas quais as formas do governo são chamadas a passar, haverá sempre entre os cidadãos essas desigualdades de condições, sem as quais uma sociedade não pode existir nem conceber-se [...] Sem dúvida alguma, o bem comum, cuja aquisição deve ter por efeito aperfeiçoar os homens, é principalmente um bem moral”. Em outra passagem, resta assim sintetizado: “O fim da sociedade civil abrange universalmente todos os cidadãos, pois este fim está no bem comum, isto é, num bem do qual todos e cada um têm o direito de participar em medida proporcional. Por isso se chama público, porque ‘reúne os homens para formarem uma nação’”. LEÃO XIII, Papa. Carta Encíclica *Rerum Novarum*. Vaticano, 1891. Disponível em:

<http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html>. Acesso em: 03 jan. 2014.

⁹⁹ Na célebre Carta Encíclica *Pacem in terris* (Paz na Terra), do Papa JOÃO XXIII, datada de 11 de abril de 1963, a expressão *bem comum* apresenta 54 ocorrências, sendo que sua noção é construída política e filosoficamente, de forma ampla e conceitual pela Igreja Católica Apostólica Romana, quando defende que a realização do bem comum constitui a própria razão existencial dos poderes públicos, entre os parágrafos 53 a 59 da referida Carta, cabendo destacar o seguinte: “53. Todo o cidadão e todos os grupos intermediários devem contribuir para o bem comum [...] 54. Essa realização do bem comum constitui a própria razão de ser dos poderes públicos, os quais devem promovê-lo de tal modo que, ao mesmo tempo, respeitem os seus elementos essenciais e adaptem as suas exigências às atuais condições históricas [...] Pois visto ter o bem comum relação essencial com a natureza humana, não poderá ser concebido na sua integridade, a não ser que, além de considerações sobre a sua natureza íntima e sua realização histórica, sempre se tenha em conta a pessoa humana. 56. Acresce que por sua mesma natureza, todos os membros da sociedade devem participar deste bem comum, embora em grau diverso, segundo as funções que cada cidadão desempenha, seus méritos e condições. Devem, pois, os poderes públicos promover o bem comum em vantagem de todos, sem preferência de pessoas ou grupos [...] Acontece, no entanto, que, por

Com efeito, no Estado social de direito o Poder Público passa a assumir o protagonismo na consecução e na concretização dos direitos sociais, exigindo da Administração Pública uma postura muito mais ativa e prestacionista, por meio de ações positivas relacionadas à prestação de serviços públicos e à satisfação das necessidades coletivas. A condição abstencionista e negativa comum ao Estado liberal-individualista converte-se em uma dinâmica estatal prestacionista e positiva altamente complexa, agigantada e dispendiosa, robustecida pelo colossal incremento operativo dos agora reconhecidos direitos fundamentais da pessoa humana.

Esta profunda ampliação das obrigações estatais trouxe consigo, como produto consequente, uma considerável relação de agigantamento (o que se passou a entender por proeminência) da esfera pública sobre os interesses privados, quase no sentido de completa sublimação dos interesses da coletividade sobre o indivíduo. É verdade que esta relação de superioridade (supremacia) acabou catalisada muito mais na relação Estado/particular do que no binômio coletividade/indivíduo. O Estado assume o posto (quase divino e totêmico) de onipotente “tutor” da sociedade e onisciente “guardião” do interesse público, nele se imiscuindo e com ele se confundindo com base em razões e justificativas populistas de ocasião,¹⁰⁰ no mais das vezes vazias de

razões de justiça e equidade, devam os poderes públicos ter especial consideração para com membros mais fracos da comunidade, pois se encontram em posição de inferioridade para reivindicar os próprios direitos e prover a seus legítimos interesses [...] 58. Concordam estes princípios com a definição que propusemos na nossa encíclica *Mater et Magistra*: O bem comum ‘consiste no conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana’”. JOÃO XXIII, *Carta Encíclica Pacem in Terris...*, acesso em: 26 out. 2013.

¹⁰⁰ Nesse mesmo sentido, Floriano de Azevedo MARQUES NETO denuncia que no “bojo desse processo de complexização ditado pela ampliação das funções do Estado, o aparato burocrático deixa de ser um mero instrumento de atuação do poder político dotado de uma racionalidade supostamente vinculada ao Direito. Transforma-se num corpo autônomo, dotado muita vez de interesses próprios, escudado na unilateralidade e na excepcionalidade dos poderes inerentes à autoridade estatal. Deixa de ser agente do poder político para erigir-se como filtro político para exercício do poder. E o faz, muita vez, privilegiando seus interesses enquanto corpo social autônomo, ou mesmo refletindo interesses particularísticos desprovidos de legitimidade”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 95.

sentido democrático, mas prenhas de fortes ventos autoritários e ditatoriais como os que varreram boa parte da Europa e da América Latina no século passado.

2.3.4 Estado constitucional de direito e interesse público: breves aproximações

Para suplantar a ordem de instabilidade política e social, a partir do Segundo Pós-Guerra, a Europa experimentou uma nova onda de reconstrução político-jurídica, com a radical afirmação da democracia e dos direitos humanos, no que se convencionou designar de Estado democrático de direito, aqui chamado de Estado constitucional de direito.¹⁰¹ Esta onda de reconstitucionalização democrática também alcançou, ainda que de forma um tanto tardia (finais do século XX), grande parte da América Latina, a exemplo da ordem constitucional brasileira de 1988, aqui indicada como clara expressão de um autêntico “constitucionalismo de terceira dimensão”. Um modelo de Estado social e democrático de direito, fundado na limitação constitucional dos poderes constituídos, na soberania popular (autogoverno do povo), na cooperação de pessoas livres e iguais, bem como no respeito e na satisfação otimizada dos direitos e garantias fundamentais (individuais, coletivos e sociais).¹⁰²

¹⁰¹ Sobre a questão dos diferentes modelos de Estado, Luís Roberto BARROSO oferece uma síntese de rara simplicidade e (a um só tempo) sofisticação, que merece registro: “Ao longo do século XX, o Estado percorreu uma trajetória pendular. Começou *liberal*, com funções mínimas, em uma era de afirmação dos direitos políticos e individuais. Tornou-se *social* após o primeiro quarto, assumindo encargos na superação das desigualdades e na promoção dos direitos sociais. Na virada do século, estava *neoliberal*, concentrando-se na atividade de regulação, abdicando da intervenção econômica direta, em um movimento de desjuridicização de determinadas conquistas sociais. E assim chegou ao novo século e ao novo milênio. O Estado contemporâneo tem seu perfil redefinido pela formação de blocos políticos e econômicos, pela perda de densidade do conceito de soberania, pelo aparente esvaziamento do seu poder diante da globalização”. BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: o Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos *versus* interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. ix.

¹⁰² Neste sentido, consultar: BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. A Leitura: Caderno

A supremacia da Constituição e o carácter vinculante dos direitos fundamentais são dois traços característicos e fundantes do Estado constitucional de direito, um modelo de Estado de direito pautado pela força normativa dos princípios constitucionais¹⁰³ e pela pretensão de consolidação do paradigma da justiça substancial. Sobre esse novo modelo de Estado de direito, BONAVIDES ensina que, a partir da queda do positivismo e com o advento da teoria material da Constituição, “o centro de gravidade dos estudos constitucionais, que dantes ficava na parte organizacional da Lei Magna – separação de poderes e distribuição de competências, enquanto forma jurídica de neutralidade aparente, típica do constitucionalismo do Estado Liberal – se transportou para a parte substantiva, de fundo e conteúdo”, que passou a considerar “os direitos fundamentais e as garantias processuais da liberdade, sob a égide do Estado social”.¹⁰⁴

O Estado constitucional de direito vem marcado pela relação intestina e indissociável entre o Estado democrático de direito e o Estado social (direitos sociais), com o deslocamento da centralidade das preocupações sociopolíticas e normativas para a pessoa humana, para o seu desenvolvimento cultural, político e social, a partir de um modelo substantivo de justiça social. Nas palavras de Jorge Reis NOVAIS, o “Estado social e democrático de Direito apresenta-se, assim, impregnado de uma intenção material que se revela fundamentalmente na natureza dos valores que prossegue e na dimensão social da sua actividade, mas não menos no carácter meta-positivo dos vínculos que o limitam”.¹⁰⁵

da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará, Belém, v. 6, n. 10, p. 38-59, maio 2013, p. 39.

¹⁰³ O estudo sobre a teoria dos princípios constitucionais será objeto do subitem 2.3.3.1 do capítulo segundo. Para análises complementares, consultar: ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004; BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. 1. ed. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2011; ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

¹⁰⁴ BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional...*, p. 584.

¹⁰⁵ NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de direito: do Estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito. Coimbra: Almedina, 1987, p. 226.

Abre-se aqui um parêntese para trazer a interessante análise de Sérgio CADEMARTORI acerca do Estado de direito, a partir de uma perspectiva diacrônica, quando divide a progressiva consolidação deste modelo de Estado em “*governo per leges*”, “*governo sub lege*” e “*Estado constitucional de direito*”. O aparato de dominação *per leges* constitui-se num poder que se expressa por meio de leis gerais e abstratas, decorrentes da vontade geral. Os atributos de generalidade e abstração da norma jurídica garantem a igualdade formal e afastam o arbítrio da ação governamental, uma vez que vinculam os poderes às formalidades e procedimentos dispostos em lei. No “*governo sub lege*” ocorre a vinculação e submissão dos poderes ao Direito, condicionando, além das formalidades e procedimentos da ação governamental, o conteúdo de tal ação, vinculando o governo a determinadas matérias.¹⁰⁶

Por sua vez, o Estado constitucional marca o caráter plenamente normativo e vinculante das Constituições, implicando a superação da redução positivista do Direito à lei e do jurídico ao legislativo. Deste modo, os direitos fundamentais passam a se constituir em matérias sobre as quais os poderes do Estado não podem dispor, uma vez que se constituem no fundamento de legitimidade do próprio Estado e expressão inarredável das democracias modernas. A garantia dos direitos fundamentais de liberdade e a concretização dos direitos fundamentais positivos é o dever primeiro do Estado, condição de legitimidade dos poderes constituídos.¹⁰⁷

Retomando a temática, convém ressaltar que o conceito de interesse público comum àquele modelo jurídico de cunho marcadamente liberal e individualista, no mais das vezes indiferente às pressões das massas populares e às lutas pelo direito a ter direitos (substanciais), deve ser suplantado por um conceito de interesse público adequado ao atual modelo de “*Estado de direito inclusivo*”, que assume obrigações perante os cidadãos e procura dialogar com os anseios dos mais diferentes conjuntos de atores sociais.

Também já não parece sustentável aquela noção totalizante e estatalizada de interesse público, comum aos modelos de Estado social de direito, por vezes contrapostos e quase inimigos políticos de uma sólida ordem de direitos individuais. Em uma verdadeira ordem social e democrática, fundada no princípio da dignidade humana e na defesa e promoção dos direitos fundamentais, a relação conjugada de interesses

¹⁰⁶ CADEMARTORI, Sérgio. Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millennium, 2007, p. 06-20.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 20-26.

individuais e coletivos é a tônica recorrente, devendo o conceito de interesse público estar afinado com essa dinâmica, instável e contraditória estrutura política, social e normativa.

A noção de interesse público adequada a este modelo de Estado constitucional de direito não pode ser outra que não aquela nascida, afirmada e limitada pela ordem constitucional vigente, fonte de legitimação e justificação de todas as instituições democráticas e dos poderes constituídos. E a convivência (mais ou menos conflituosa) entre interesses públicos e interesses privados deve submeter-se de forma indelével à batuta harmonizadora das normas constitucionais, regentes máximas da estrutura social e do Estado. O tempo atual é o da Constituição, à qual devem formal e substancial submissão tanto o Estado como os cidadãos e os demais atores sociais em geral.

Passada a breve recuperação do conceito de interesse público a partir dos diferentes modelos de Estado, oportuno o estudo do surgimento e dos contornos originais do Direito Administrativo, no contexto do então nascente Estado moderno, o qual servirá de substrato ao estabelecimento de um conceito de interesse público consentâneo ao atual Estado constitucional de direito.

2.4 O NASCIMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO ESTADO MODERNO: SOBRE O PECADO AUTORITÁRIO ORIGINAL

O surgimento de uma disciplina autônoma relacionada ao funcionamento da atividade administrativa do poder estatal é tradicionalmente atribuído ao movimento revolucionário francês de finais do Século XVIII.¹⁰⁸ O Direito Administrativo teria nascido do

¹⁰⁸ Importa assinalar que MARQUES NETO desenvolve uma análise assaz interessante, quando identifica, já no Estado de polícia do Antigo Regime (Monarquia Absolutista), as bases do nascente ramo do Direito Administrativo, a partir da ideia de concentração de poder e da autoridade do Soberano, emergentes da afirmação do Absolutismo e da edificação do Estado moderno. Convém, por oportuno, esclarecer que o autor não sustenta a tese de que já no Estado de polícia seria possível encontrar um Direito Administrativo enquanto ramo científico e regime jurídico autônomo, o que somente ocorreria com o advento do Estado de direito. Por outro lado, aquela ideia tradicional de “ruptura total a partir do nada” não parece ser a melhor explicação para o nascimento desse regime jurídico-administrativo autônomo, pois várias noções (e mesmo práticas) do Antigo Regime foram acolhidas por esse Direito

ventre humanista e libertário da Revolução Francesa de 1789,¹⁰⁹ como instrumento emancipatório de superação do sistema de poder concentrado e absolutista do Antigo Regime (*Ancien Régime*), fundado na vontade do soberano.¹¹⁰

2.4.1 Sobre a “história oficial” do nascimento do Direito Administrativo

A história clássica do Direito Administrativo atesta o seu “nascimento oficial” com o advento da Lei de 28 do pluvioso do Ano VIII, de 1800 (*Loi du 28 pluviôse an VIII*), uma legislação que trazia os preceitos sobre a organização administrativa e regulava os litígios contra a Administração Pública. Esta submissão da organização da burocracia estatal e da definição das funções públicas à vontade da lei representaria a limitação do poder estatal, simbolizando a inequívoca derrocada do autoritarismo monárquico e a construção das bases do Estado de direito.¹¹¹

Administrativo em formação, ainda que sob outro contexto social e político. Nesse sentido: MARQUES NETO, *Regulação estatal...*, p. 57-67.

¹⁰⁹ Para uma análise da Revolução Francesa sob a rica ótica da construção histórica dos direitos humanos, dentre outros, pode-se consultar: BOBBIO, *A era dos direitos...*, p. 40-60; COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹¹⁰ Para estudos sobre a sociedade francesa do tempo do Antigo Regime (monarquia) e as causas que levaram à Revolução Francesa, pode-se consultar: TOCQUEVILLE, Alexis de. O Antigo Regime e a revolução. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

¹¹¹ Partindo da recuperação histórica oferecida pelo administrativista francês Charles DEBBASCH, Odete MEDAUAR faz referência à Lei de 28 do pluvioso do Ano VIII, de 1800, assegurando que, “no tocante à organização, dois princípios a nortearam: hierarquização e centralização; conforme o primeiro, fixou-se de modo claro, pela primeira vez, a separação entre o representante que exerce funções no âmbito político e o funcionário, que atua no setor administrativo, totalmente subordinado àquele; o poder de nomeação e exoneração cabe à autoridade superior, sobretudo ao Primeiro Cônsul (Napoleão), por força da Constituição do ano VIII; conforme o segundo princípio, a organização territorial se uniformizou e simplificou, prevendo-se, ainda em nível local, agentes representantes de poder central, os prefet, também subordinados integralmente a este. Quanto aos litígios, referida lei atribuiu ao Conselho de Estado funções de órgão consultivo, juiz de contestações em matéria administrativa e instância de apelação das decisões tomadas pelos conselhos de prefeitura no âmbito de sua competência para dirimir litígios;

O nascimento do Direito Administrativo e do próprio Estado de direito estariam visceralmente vinculados ao sistema de separação de poderes, tributário das ideias de garantia das liberdades individuais e de restrição à invasão injustificada do Estado na esfera de direitos dos cidadãos. As arbitrariedades e os abusos do Estado Absolutista, fundado na figura centralizadora do rei legislador, administrador e julgador, restariam substituídos por um sistema de limitações e contenções internas e externas do poder político.

Importa recordar que, conquanto a separação de poderes não tenha sido propriamente aplicada na história sociopolítica da Antiguidade clássica, o plano filosófico registra que desde aquela época havia a preocupação em identificar e dividir as funções político-governamentais.¹¹² Mas foi somente a partir do pensamento do Barão de MONTESQUIEU (1689 – 1755 d.C.)¹¹³ que restou estruturada a

evidente que o Conselho de Estado preparava as decisões finais tomadas pelo Primeiro Cônsul, pois nesse período vigorava o sistema de justiça retida”. MEDAUAR, Odete. O Direito Administrativo em evolução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 10-11.

¹¹² Com a intenção de dividir as atribuições do governo soberano, ARISTÓTELES falava em função consultiva, função judiciária e função relacionada aos assuntos da Administração. No entendimento do filósofo grego, a função consultiva estaria relacionada ao pronunciamento do governo soberano sobre a guerra e a paz e sobre as leis; a função judiciária solucionaria as controvérsias surgidas da aplicação das leis; a outra função, que deveria ser exercida por um magistrado, referia-se aos assuntos da administração, por exclusão, compreendendo tudo aquilo que não fosse atribuição das funções anteriores. ARISTÓTELES, *A Política...*, p. 147-158. O termo “magistrado” não deve aqui ser comparado ao atual juiz togado (membro do Poder Judiciário), porquanto, na Antiguidade clássica grega, a função da magistratura estaria sobremaneira ligada à contemporânea noção estatal de Administração Pública. Para estudos complementares, ver: RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Tripartição de Poderes na Constituição de 1988. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, ano 3, v. 11, p. 16-28, abr./jun. 1995, p. 16.

¹¹³ Os escritos de MONTESQUIEU registram que, na história política da civilização romana, a temática da separação de poderes pode ser dividida entre o período do Governo dos Reis e, após sua expulsão, o estado florescente da República Romana. Nos primeiros reinados, os soberanos comandavam os exércitos, julgavam os assuntos civis e criminais e convocavam o Senado. O Senado, por sua vez, possuía grande autoridade e o povo tinha o direito de eleger os magistrados, de aprovar novas leis e, com a permissão do rei, declarar a guerra e fazer a paz. Com a expulsão dos reis, a distribuição dos três poderes

doutrina política da separação de poderes em seus contornos modernos, a qual serviu de fundamento e princípio regente às Constituições democráticas contemporâneas. Sob um discurso acerca da liberdade (o direito dos cidadãos em fazer tudo o que as leis permitem), o filósofo conclui tratar-se “de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites [...] Para que não se possa abusar do poder, é preciso que pela disposição das coisas, o poder limite o poder”.¹¹⁴

Pelo nascente sistema de contenção do poder, a atividade estatal restaria limitada pela vontade legislativa proveniente do Parlamento, expressão máxima do poder soberano do povo. Mas a execução da atividade administrativa deveria estar sujeita a uma disciplina jurídica especial, derogatória do Direito Comum (Direito Civil).

começou a mudar, havendo uma maior participação dos plebeus nas decisões públicas. Na República Romana, pode-se notar a distinção das três funções típicas governamentais, a legislativa atribuída ao corpo do povo (Cônsoles e Censores), a executiva que o povo deixou, quase por inteiro, ao Senado e aos Cônsoles, e a jurisdicional que foi distribuída entre o povo, o Senado, os magistrados e certos juízes, conforme a matéria a ser decidida. MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. *O espírito das leis*. Tradução Cristina Maracho. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 182-194.

¹¹⁴ Para MONTESQUIEU, a liberdade do cidadão está na segurança de não ser julgado pela mesma pessoa que criou a lei, ou que o criador da lei não seja seu executor. Quando se confundem na mesma pessoa o criador da lei e o seu executor, pode-se “temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente”. A liberdade dos cidadãos também fica comprometida quando o poder de julgar não fica separado do poder de legislar ou de executar as leis. “Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares”. MONTESQUIEU não defende uma divisão estanque de funções, mas um sistema de colaboração entre as três esferas funcionais, cada uma desempenhando suas atribuições precípuas. O Poder Executivo deve ser exercido pelo monarca, enquanto que o Poder Legislativo deve ser dividido em duas casas, o corpo dos nobres e os representantes do povo. O poder de julgar não deve ser atribuído a um senado permanente, mas exercido por pessoas extraídas do corpo do povo, formando um tribunal que dure apenas o tempo necessário. Sendo assim, os juízes seriam da mesma condição do acusado (seus pares), não ficando o poder de julgar, tão terrível entre os homens, ligado nem a certo grupo social nem a determinada profissão, tornando-se, por conseguinte, invisível e nulo. MONTESQUIEU, *O espírito das leis...*, p. 166-168.

Os contornos do nascente Direito Administrativo, aparelhado por institutos e instrumentais (poderes e prerrogativas) dotados de originalidade e autonomia, são justificados por Jean RIVERO tanto de um ponto de vista lógico como por um prisma histórico. Primeiramente, o administrativista francês sustenta que não se poderia admitir nas relações jurídico-administrativas a aplicação do postulado da igualdade jurídica dos particulares, comum ao Direito Civil, uma vez que “a Administração, guardiã do interesse público, deve poder assegurar a sua salvaguarda a despeito da resistência das vontades privadas”.¹¹⁵ Do ponto de vista histórico, o autor relembra que os revolucionários franceses, dominados pela lembrança do combate secular entre o Parlamento e a Administração Real, subtraíram a atividade administrativa e os litígios relacionados à Administração do controle do Poder Judiciário, confiando-os a uma jurisdição especial, visceralmente ligada ao Poder Executivo e encabeçada pelo Conselho de Estado (*Conseil d'État*). Por certo, esse sistema de jurisdição administrativa “desempenhou um papel decisivo na elaboração de um direito administrativo autônomo”.¹¹⁶

A centralidade do sistema de jurisdição administrativa é também referida por Diogo Freitas do AMARAL, quando salienta o fato de que, no período pós-Revolução Francesa, a separação entre a Administração e a Justiça, retirando-se desta toda e qualquer ingerência ou poder decisório sobre os interesses e litígios que envolvessem a função administrativa e a Administração Pública, “resultou da desconfiança do poder revolucionário face aos tribunais judiciais, que representavam ainda a continuação do ‘Antigo Regime’, pois estavam nas mãos da nobreza”.¹¹⁷ Cientes desta conjuntura, os revolucionários acabaram por esvaziar dos órgãos judiciais todas as competências decisórias sobre litígios em matéria administrativa, concebendo o princípio da separação de poderes “como uma máquina de guerra dirigida contra os tribunais judiciais”.¹¹⁸

¹¹⁵ RIVERO, *Direito Administrativo...*, p. 23.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 24.

¹¹⁷ AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. v. II. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 18.

¹¹⁸ O administrativista lusitano ilustra, inclusive, que a relação de divisão entre a Justiça e a Administração, com o estabelecimento da completa autonomia funcional entre os juízes, de um lado, e os agentes da Administração, do outro, já vinha regulada pela Lei de 16-24 de agosto de 1790, quando prescrevia que os “juízes não poderão, sob pena de alta traição, perturbar de qualquer maneira

2.4.2 Sobre a “outra história” do nascimento do Direito Administrativo e seus reflexos

A noção libertária e emancipatória do nascente Direito Administrativo pós-Revolução Francesa, alicerçado sobre as bases de um sistema de contencioso administrativo livre das “ingerências reacionárias” da Justiça francesa, sofre duras e consistentes críticas de Vasco Pereira da SILVA, para quem o sistema de jurisdição administrativa representa sim uma das “experiências traumáticas” da “infância difícil” do Direito Administrativo. O administrativista português é categórico ao denunciar o viés marcadamente autoritário do “Contencioso Administrativo, na Revolução francesa, concebido com ‘privilégio de foro’ da Administração, destinado a garantir a defesa dos poderes públicos e não a assegurar a protecção dos direitos dos particulares”.¹¹⁹

Em uma metáfora psicanalista, a primeira fase de criação do sistema de jurisdição administrativa é referida por SILVA como a “fase do pecado original do Contencioso Administrativo”, nascido da promiscuidade entre as tarefas de administrar e de julgar, no que se convencionou chamar de “sistema do administrador-juiz”. Os revolucionários franceses acabaram por aplicar uma interpretação claramente distorcida e heterodoxa do modelo liberal de separação de poderes, a fim de justificar (legitimar) a autonomia da jurisdição administrativa e a proibição de qualquer interferência (ingerência) dos juizes sobre as coisas da Administração Pública: “em vez de se reconhecer que ‘julgar a Administração é ainda julgar’, preferia-se considerar que ‘julgar a Administração é ainda administrar’ e que a ‘jurisdição era o complemento da acção administrativa’”.¹²⁰

as operações dos corpos administrativos, nem convocar perante si os agentes da administração por motivo atinente às funções destes”. Na mesma senda, a Lei de 7-14 de outubro de 1790, pela qual “as reclamações de incompetência relativamente a corpos administrativos não são do conhecimento dos tribunais, devendo ser levadas ao monarca, chefe da administração geral”. Também, o artigo 3º da Constituição de 3 de setembro de 1791, que afirmava “não poderem os tribunais conhecer das funções administrativas ou citar perante eles administradores em razão das suas funções”. Ibidem, p. 17-18.

¹¹⁹ SILVA, Vasco Pereira da. O contencioso administrativo no divã da psicanálise: ensaio sobre as acções no novo processo administrativo. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 10.

¹²⁰ Ibidem, p. 14.

Com efeito, essa instituição de um sistema de jurisdição administrativa pretensamente garantista e limitador do poder estatal, ancorado no dogma liberal da separação de poderes, instaurou-se no seio de uma inegável “confusão” entre as funções administrativa e judicial, para todas aquelas matérias de interesse da Administração. A construção do modelo de “juiz doméstico” acabou por ficar gravada na certidão de nascimento do Direito Administrativo, o que Gustavo BINENBOJM chama de “pecado autoritário original”.¹²¹

Mas em que medida o originário sistema de contencioso administrativo francês pode ser taxado de autoritário? É que as bases da nascente disciplina jurídico-administrativa, seus princípios gerais, institutos, prerrogativas e poderes instrumentais, não decorreram da vontade heterônoma do Parlamento (vontade da lei), sendo sim forjados a partir da “jurisprudência” e do “ativismo normativo autovinculativo” do Conselho de Estado francês, derogatórios do sistema normativo comum (Direito Civil).

A construção de um direito especial da Administração Pública não decorreu da vontade geral manifestada pelo Legislativo, mas da autodeterminação do próprio Executivo, pela via do Conselho de Estado, que funcionava como o próprio legislador na produção do ordenamento jurídico-administrativo, a ser por ele mesmo aplicado. Isso representa uma inequívoca contradição em face do sistema de separação de poderes justificador da própria jurisdição administrativa.

Para reforçar a tese do “pecado autoritário original”, convém lembrar que o Executivo francês pós-revolução detinha uma prerrogativa muito especial e até inusitada (se considerada do ponto de vista dogma liberal da separação de poderes), a de substituir e suplantar o Legislativo na criação do Direito Administrativo, uma legalidade potencialmente derogatória do Direito Civil. Seria, portanto, inverídica a mítica e romantizada ideia da gênese garantista do Direito Administrativo da Europa continental, pela qual o Executivo subjugador do Antigo Regime restaria subordinado ao Parlamento, pela via do princípio da legalidade?

Como esclarece Paulo OTERO, “o sistema contencioso do administrador-juiz confiava ao executivo a última palavra decisória sobre a competência do *Conseil d'État*”, o que admite considerar não só

¹²¹ BINENBOJM, *Uma teoria do Direito Administrativo...*, p. 11.

que “julgar a Administração ainda é administrar”, mas também que “legislar para a Administração já é administrar”.¹²²

Oportuna é a advertência do administrativista lusitano acerca do que designou como a “ilusão garantística da gênese do Direito Administrativo”, para quem a invocação do princípio da separação de poderes não passou de pretexto assecuratório do “objectivo político concreto de garantir um efectivo alargamento da esfera de liberdade decisória da Administração Pública, tornando a sua actividade imune a qualquer controlo”.¹²³

Na verdade, esse nascente direito especial da Administração Pública, que marcou a Europa continental a partir da França revolucionária, tem sua gênese claramente assinalada por um direito de prerrogativas e privilégios especiais da Administração (direito da Administração), derogatório dos postulados de igualdade informadores do Direito Civil, e não como um direito de garantia dos cidadãos (direito dos administrados). Neste contexto, ressoa inequívoca a superação originária das propaladas “lógicas da liberdade/igualdade” pela “lógica da autoridade”.¹²⁴

Inegavelmente, a ampla e autovinculativa concentração do poder político e jurídico no sistema de contencioso administrativo decorreu da indelével desconfiança dos revolucionários franceses contra os tribunais judiciais. Segundo uma análise mais radical, há quem admita e sustente até “uma perfeita continuidade entre o modelo de controlo administrativo adoptado pela Revolução Francesa e aquele que vigorava no *Ancien Régime*”,¹²⁵ no sentido de que, ao melhor estilo de algumas

¹²² OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 271.

¹²³ *Ibidem*, p. 275.

¹²⁴ Importante ressaltar que essa “origem autoritária” do Direito Administrativo francês, que influenciou em larga medida grande parte da Europa continental, fundada na derrogação da dogmática de igualdade do Direito Comum, a partir da construção de um “direito especial” da Administração, não foi seguida pela tradição do Direito Público anglo-saxão. O Estado de direito inglês (*rule of law*) baseava-se na máxima de que os indivíduos e o Poder Público deveriam estar submetidos às mesmas leis e aos mesmos juízes, desaconselhados quaisquer tratamentos privilegiados ao Poder Público. Eis, inclusive, uma justificativa histórica para a relutância dos países vinculados ao sistema da *common law* em “reconhecer a autonomia didático-científica ao direito administrativo e o repúdio à adoção da jurisdição administrativa”. Nesse sentido, consultar: BINENBOJM, *Uma teoria do Direito Administrativo...*, p. 15-16.

¹²⁵ OTERO, *Legalidade e Administração Pública...*, p. 275.

situações de festejada ruptura e revolução, tudo muda para que tudo continue como antes.

Por certo, a notória “fuga” do Executivo ao controle dos tribunais trouxe consigo acentuados “efeitos limitativos das garantias contenciosas dos administrados” no âmbito da jurisdição administrativa, o que refletiu na consagração de muitas “regras de privilégio a favor dos órgãos administrativos, havendo aqui uma nítida posição dominante da autoridade administrativa, além de assinaláveis contradições estruturais”.¹²⁶

Inclusive, fazendo referência ao famoso “caso Blanco” (*arrêt Blanco*),¹²⁷ julgado pelo Tribunal de Conflitos francês em 1873, donde se retira a afirmação histórica da autonomia do regime jurídico-administrativo, SILVA recorre novamente à metáfora psicanalista para qualificá-lo como o “segundo acontecimento traumático” daquela “infância difícil” do Direito Administrativo, refletindo a inexorável existência de uma maior preocupação com a garantia da Administração do que com a proteção dos particulares.

A decisão do Tribunal de Conflitos francês pela competência da jurisdição administrativa para julgar o caso, mas sob um regime de “direito especial” da Administração, assegurada a sua condição de privilégio, demonstra de forma inequívoca que a gênese da propalada autonomia do Direito Administrativo decorreu da (nada garantista e emancipatória) preocupação em justificar a limitação da responsabilidade da Administração, ante o atropelamento de uma criança de cinco anos pelo vagão de um trem (serviço público). Longe de representar uma vitória libertária, a defesa da autonomia do regime administrativo serviu, na sua origem, para justificar e impor a limitação das responsabilidades do Executivo frente aos cidadãos e para derrogar as regras do Direito Comum, fundadas no princípio da igualdade entre

¹²⁶ Ibidem, p. 277.

¹²⁷ O “caso Blanco” refere-se ao trágico infortúnio que acometeu uma criança de cinco anos (Agnès Blanco), atropelada pelo vagão de um trem (serviço público). Os pais da menina tiveram negada a indenização tanto pelo Tribunal de Bordéus como pelo Conselho de Estado, porquanto ambos se declararam incompetentes para decidir o pleito, ante a relação com a Administração Pública, o que afastava a incidência das regras de Direito Civil, situação dirimida pelo Tribunal de Conflitos para reconhecer a competência da jurisdição administrativa, mas não para julgar o caso sob as regras do Direito Comum e sim a partir de “um ‘direito especial’ para a Administração, que tomasse em consideração o seu ‘estatuto de privilégio’”. SILVA, *O contencioso administrativo...*, p. 11.

as partes, fazendo preponderar o sistema jurídico de privilégios da Administração.¹²⁸

Por outro lado, apesar de pouco difundido e até não reconhecido por expressiva parcela da doutrina administrativista, é certo que esse relevante fator histórico do “pecado original” da gênese autoritária do “direito da Administração” na Europa continental, não o impediu de experimentar uma lenta e gradual abertura e reconstrução emancipatória, enquanto disciplina jurídico-administrativa, até constituir-se verdadeiramente na atual disciplina do Direito Administrativo. Superada aquela conturbada e contraditória gênese autoritária, já agora em boa medida desvencilhada da sua vocação genética de direito da Administração, a disciplina jurídico-administrativa passou a reverberar contornos claramente progressistas de consolidação enquanto sistema de limitações do poder estatal.

Sem embargo, não se pode olvidar que todas essas contestações àquela clássica mentalidade da origem libertária e emancipatória do Direito Administrativo, para não dizer quase mítica e milagrosa, também não estão isentas de críticas. Emerson GABARDO é direto ao desqualificar essa nova genealogia histórica do Direito Administrativo, definindo-a como um modismo de “precária capacidade explicativa”, que pretende “reduzir a força legitimatória de princípios como o do interesse público, ou mais especificadamente, da ‘supremacia do interesse público’”,¹²⁹ revelando-se como uma “interpretação da história cujo fim é conferir às proposições do presente um sentido mais facilmente apreensível e consonante com a mentalidade vigente, que é a de maior liberalização e flexibilização da vida”.¹³⁰

Após uma análise do Direito Administrativo brasileiro, GABARDO considera todas essas críticas à “gênese autoritária” do regime jurídico-administrativo como “algo complicado e temerário, quando não totalmente inútil”,¹³¹ já que a cultura jurídico-administrativista, como de resto a cultura jurídica brasileira em geral, sofreu larga influência de diversas e contraditórias doutrinas estrangeiras, aqui “miscigenadas” nesse conhecido “caldeirão jurídico

¹²⁸ Ibidem, p. 55.

¹²⁹ GABARDO, Emerson. O jardim e a praça para além do bem e do mal: uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social. 2009. 396 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009, p. 237.

¹³⁰ GABARDO; HACHEM, *O suposto caráter autoritário...*, p. 157.

¹³¹ GABARDO, *O jardim e a praça...*, p. 237.

tupiniquim”, no mais das vezes pouco apegado ao rigor histórico, político e jurídico das suas fontes, mas que possibilitou “um tão bem feito amálgama entre a tradição anglo-americana, a francesa, a alemã e a italiana em termos de Direito público”.¹³² Isso autorizaria considerar que as possíveis raízes autoritárias da aplicação do Direito no Brasil, não só do Direito Administrativo, além do recorrente “uso e abuso do interesse público como fundamento retórico de legitimação do poder, não estão na França, mas na sua própria história personalista e carente de um real espírito republicano, que aos tropeços e solavancos redundou na efetiva construção de um espaço público (mas nem tanto...)”.¹³³

De fato, se é ou não duvidosa a maior ou menor influência ou até a concreta extensão dos efeitos da referida “gênese autoritária”, esse debate mostra-se rico e fecundamente revelador, cabendo reconhecer que várias das categorias básicas do Direito Administrativo, “como a discricionariedade e sua insindicabilidade perante os órgãos contenciosos, a supremacia do interesse público e as prerrogativas jurídicas da Administração, são tributárias deste pecado original”.¹³⁴ Isso permite supor como verossímil a afirmação de que, “na melhor tradição absolutista, além de propriamente administrar, os *donos do poder* criam o direito que lhes é aplicável e o aplicam às situações litigiosas com caráter de definitividade”,¹³⁵ perpetuando na atualidade a consagração e manutenção de “regras de privilégio” em favor da Administração, derogatórias da ideia de igualdade jurídica e cristalizadoras da posição dominante da autoridade administrativa.¹³⁶

Feitas essas considerações sobre a controvertida genética do Direito Administrativo, parece oportuna a análise do interesse público a partir da doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados, teoria capaz de oferecer relevante contributo à adequada formulação do conceito de interesse público.

2.5 INTERESSE PÚBLICO: CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO, MAS DETERMINÁVEL?

Parece haver consenso na doutrina jurídico-administrativista nacional que a expressão “interesse público” situa-se dentre aquelas

¹³² Ibidem, p. 238.

¹³³ GABARDO; HACHEM, *O suposto caráter autoritário...*, p. 157.

¹³⁴ BINENBOJM, *Uma teoria do Direito Administrativo...*, p. 15.

¹³⁵ Ibidem, p. 15.

¹³⁶ OTERO, *Legalidade e Administração Pública...*, p. 277.

comumente aceitas como exemplo de “conceito jurídico indeterminado”.¹³⁷ Mas isso não deveria ser entendido como “um defeito do conceito, mas um atributo destinado a permitir sua aplicação mais adequada caso a caso. A indeterminação dos limites do conceito permite a aproximação do sistema normativo à riqueza do mundo real”.¹³⁸ Por outro lado, é altamente relevante perquirir se e em que medida esta indeterminação pode ou não ser objetivamente suprimível e quais as correspondentes consequências jurídico-políticas da resposta negativa ou positiva. Em outras palavras, a noção de interesse público traduz-se em um conceito jurídico objetivamente indeterminável e, portanto, insuscetível de significação e conceituação abstrata?¹³⁹ Ou, embora de difícil conceituação, pode-se buscar suas zonas de certeza negativa e até positiva, na construção dos contornos de um conceito de interesse público (determinável)?¹⁴⁰

2.5.1 A doutrina clássica dos conceitos jurídicos indeterminados

Os “conceitos jurídicos indeterminados” são aqueles chamados “conceitos práticos”,¹⁴¹ frutos de expressões vagas, fluidas, elásticas,

¹³⁷ Nesse sentido, entre outros, pode-se consultar: CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 33.

¹³⁸ JUSTEN FILHO, *Conceito de interesse público...*, p. 116.

¹³⁹ Nesse sentido: ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos *versus* interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 211-212.

¹⁴⁰ Nesse sentido: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse público: um conceito jurídico determinável. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2010, p. 114-118.

¹⁴¹ Para o administrativista lusitano Afonso Rodrigues QUEIRÓ, os conceitos jurídicos podem ser divididos em “conceitos práticos”, aqueles que apresentam certa imprecisão, pluralidade de significados, indeterminação (relacionados ao mundo da cultura, dos valores culturais e morais) e, “conceitos teóricos”, que, por oposição, são aqueles conceitos jurídicos compostos de expressões precisas, unissignificativas, determinadas (realidades do mundo da natureza, mundo da causalidade). Segundo QUEIRÓ, a discricionariedade da Administração restaria circunscrita aos “conceitos de valor” utilizados na norma jurídica, ou seja, os “conceitos não-teóricos”. Os conceitos teóricos seriam aqueles comuns às ciências empírico-matemáticas, de contornos absolutamente individualizáveis,

que não comportam um único entendimento, variando de sentido tanto no aspecto temporal como no espacial. Expressões como “moralidade pública”, “notório saber”, “bons antecedentes”, “reputação ilibada”, “bem comum”, “tranquilidade pública”, “relevância e urgência”, “notória especialização” e diversas outras que povoam as normas jurídicas escritas e, por sua imprecisão conceitual, acabam por abarcar significações diversas e, em certos casos, até conflitantes.¹⁴²

Importa destacar, a partir de um ponto de vista material, que o conceito pode ser considerado como o “núcleo irradiador de um significado”, o elemento identificador de algo, o significado do termo, do signo. Todo conceito tem uma compreensão (conotação), de onde se retira o conteúdo formal do termo, e uma extensão (denotação), pela qual se revela a propriedade que o termo tem de ser aplicável a vários objetos, uma pluralidade de significações.¹⁴³ Neste contexto, Eros Roberto GRAU esclarece que os conceitos jurídicos são termos de significação, expressões ou sinais que objetivam uma significação, que pode ser atribuída a uma coisa, a um estado de coisas ou a uma situação que tenha relação com o direito. Os conceitos jurídicos pretendem expressar o significado de uma coisa ou de uma situação, atuando como sinais de significação, meios pelos quais podem ser expressos determinados elementos. Os conceitos jurídicos, em última análise, são

com valor objetivo e universal. Por isso, no caso de a lei adotar conceitos teóricos não remanesceria discricionariedade à Administração. Poderia até restar margem a dúvidas, sanáveis mediante interpretação, segundo os processos de hermenêutica administrativa, mas nunca poder discricionário à atividade administrativa, ou seja, discricção na aplicação do conceito jurídico ao caso concreto. Nesse sentido, consultar: QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em Direito Administrativo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, ano 7, p. 52-80, jan./mar. 1947.

¹⁴² Para uma abalizada análise da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados sob a ótica do discurso racional (nova hermenêutica), consultar: CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Conceitos jurídicos indeterminados no âmbito da nova hermenêutica. In: VALLE, Julianio Keller do; MARCELLINO JR., Julio Cesar (Org.). Reflexões da pós-modernidade: Estado, Direito e Constituição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 121-134.

¹⁴³ COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. Revista de Direito Público, São Paulo, ano 23, n. 95, p. 125-138, jul./set. 1990, p. 126.

medidas significativas, o sentido explicativo de determinado termo jurídico.¹⁴⁴

A doutrina ensina que o debate acerca dos conceitos jurídicos indeterminados, seus parâmetros de colmatação e os âmbitos de discricionariedade na determinação e concretização de significados pela Administração remontaria aos finais do século XIX, por ocasião da controvérsia travada entre os juristas austríacos Edmund BERNATIZIK (1886) e Friedrich TEZNER (1888). A partir de um complexo processo intelectual chamado de “discricionariedade técnica”, BERNATIZIK entendia como possível a aplicação/interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, dos quais poderia decorrer uma pluralidade de decisões corretas, que não estariam sujeitas à revisão dos tribunais, porquanto provenientes dos órgãos administrativos que detinham o conhecimento necessário para preencher os sentidos daqueles conceitos vagos (teoria da multivalência). Contrariamente, embora reconhecesse certo grau de insegurança comum a todas as significações dos sinais linguísticos, TEZNER defendia que da aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados não decorreria discricionariedade administrativa, no sentido de liberalidade de escolha, uma vez que da interpretação de um conceito (vago ou preciso) somente poderia decorrer (objetivamente) uma única decisão correta (teoria da univocidade ou unicidade).¹⁴⁵

¹⁴⁴ Segundo GRAU, os conceitos jurídicos “nos seus atos de expressão, isto é, nos seus **termos** [...] são signos de signos, ou seja, signos de significações atribuíveis – ou não atribuíveis – a coisas, estados ou situações [...]. O **objeto** do conceito jurídico expressado, assim, é uma **significação** atribuível a uma coisa, estado ou situação e não a coisa, estado ou situação”. Os conceitos jurídicos, em si mesmo, não são atos de expressão, não albergam significação, a significação reside nos seus termos. “Os termos são as expressões dos conceitos jurídicos, os sinais (signos) de significação das coisas, estados ou situações. Por conseguinte, os conceitos jurídicos expressados através de seus termos têm como objeto significações atribuíveis a uma coisa”. GRAU, Eros Roberto. Nota sobre os conceitos jurídicos. Revista de Direito Público, São Paulo, ano 18, n. 74, p. 217-221, abr./jun. 1985, p. 218.

¹⁴⁵ Para estudos complementares, consultar: BUSATTO, Carlos Ernesto Maranhão. Reflexões críticas acerca do papel e significado do interesse público no Direito Administrativo brasileiro. 2011. 125 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, 2011, p. 43; SILVA, Almiro do Couto e. Poder discricionário no Direito Administrativo brasileiro. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano 27, n. 57, p. 93-106, dez. 2003, p. 101; DEL CLARO, Maria Ângela Marques. O Direito Administrativo e a doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados.

Com efeito, a questão da relação entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa é problemática recorrente, relacionando-se diretamente a extensão e intensidade da sindicabilidade jurisdicional da atividade administrativa, quando fundada em comando normativo que ostente os referidos conceitos plurissignificativos. Certamente, se entendido que a aplicação de conceitos práticos decorre de mera interpretação jurídica, da qual resultará o alcance da única solução correta para o caso concreto, a partir de um processo objetivo infenso àquela margem de subjetividade comum aos juízos discricionários, o controle jurisdicional deverá ser amplo, espraiando-se inclusive sobre os aspectos de correção ou incorreção da subsunção do caso concreto ao conceito normativo abstrato (aplicação do conceito jurídico indeterminado).¹⁴⁶

Nesse sentido, trilhando a senda do que a doutrina tedesca convencionou designar como a “teoria dos ‘conceitos jurídicos indeterminados’”,¹⁴⁷ o entendimento de Eduardo GARCIA DE ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNÁNDEZ rechaça a indeterminação dos conceitos jurídicos como espaço de habitação à discricção na atividade administrativa. Com propriedade, os administrativistas espanhóis defendem que a moldura normativa definida como conceito indeterminado ou prático só possibilitaria uma escolha, a melhor à persecução da finalidade legal, pelo que a fluidez ou indeterminação dos conceitos jurídicos só existiria *in abstracto*, não subsistindo nos casos concretos, por ocasião de sua aplicação.¹⁴⁸ Para GARCIA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, “a indeterminação do enunciado não se

Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, n. 40, p. 163-176, 2004, p. 170.

¹⁴⁶ Nesse sentido, consultar: BUSATTO, *Reflexões críticas acerca do papel...*, p. 43.

¹⁴⁷ BINENBOJM, *Uma teoria do Direito Administrativo...*, p. 215.

¹⁴⁸ Na doutrina brasileira, com entendimento bastante aproximado, GRAU defende que da indeterminação do conceito jurídico não podem decorrer juízos discricionários, porquanto a referida vagueza ou fluidez do conceito jurídico deve conduzir a uma unidade de solução para cada caso concreto. Quando a Administração exerce atividade discricionária, o faz a partir de juízos de oportunidade, ao passo que na aplicação de conceitos indeterminados exerce juízos vinculados à legalidade. GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 146.

traduz em uma indeterminação das aplicações do mesmo, as quais só permitem uma ‘unidade de solução justa’ em cada caso”.¹⁴⁹

Convém reconhecer, por outro lado, a existência de várias situações em que a atuação administrativa fundada na promoção ou aplicação de determinados conceitos jurídicos imprecisos comporta expressiva liberdade de atuação à Administração Pública, na ponderação acerca dos parâmetros, limites e contornos para o cumprimento do desiderato normativamente imposto, o que inclusive ocorre, v.g., em várias situações relacionadas à chamada consecução e concretização do interesse público pela Administração.

Há situações em que a própria conformação legislativa ou as circunstâncias do caso concreto transferem ao agente público a atribuição de definir as medidas administrativas mais adequadas ao caso concreto. Isso, porém, não equivale a dizer que estas escolhas administrativas restariam aninhadas no seio de quaisquer arbitrariedades ou afastadas do controle jurisdicional de legitimidade.

Não parece adequado debater a correspondência maior ou menor entre a doutrina da discricionariedade administrativa e a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados,¹⁵⁰ sobre as bases de uma aparente relação de dualidade/conflito entre a discricionariedade plena da Administração (insindicabilidade jurisdicional) e/ou sua vinculação total à revisão judicial. Assim como não se pode avalizar a doutrina rígida e até extremada da “única solução correta” para a aplicação daquelas normas colonizadas por conceitos jurídicos indeterminados, não parece ressoar apropriado, da mesma forma, a defesa da plena insindicabilidade jurisdicional dos juízos discricionários da Administração Pública, uma vez que estes sempre deverão restar submetidos aos parâmetros de legalidade e legitimidade constitucional. Afastar ou assegurar, sempre e em todos os casos, a revisão jurisdicional da discricionariedade administrativa no caso de aplicação de normas veiculadas a partir de conceitos práticos não parece ser a melhor solução.

Sobre a questão da discricionariedade administrativa, cabe reconhecer que este é um dos temas que mais sofre os influxos axiológicos do modelo de Estado constitucional de direito, passando por

¹⁴⁹ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Direito Administrativo. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 393.

¹⁵⁰ Sobre o tema, consultar: ALVES, Felipe Dalenogare. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e a possibilidade de controle jurisdicional. São Paulo: PerSe, 2012.

uma autêntica mutação conceitual, com o abandono daquelas vestes autoritárias e infensas ao controle substantivo e material, típicas do modelo de Estado legislativo, passando com a constitucionalização do Direito Administrativo para uma dimensão muito mais submetida à parametrização axiológica dos princípios constitucionais. Ainda que não seja objeto desse estudo uma abordagem ampla e abrangente do fenômeno da discricionariedade administrativa,¹⁵¹ importa considerar que, no Estado constitucional de direito a atividade administrativa encontra-se plena e visceralmente vinculada ao sistema normativo constitucional.

Não há espaço para juízos discricionários no sentido de valorações político-administrativas livres de quaisquer controles materiais (substantivos). Todo o agir administrativo, ainda que em diferentes gradações e parâmetros, está inteiramente vinculado à Constituição, de onde extrai seu fundamento de validade normativa e legitimidade política. As regras e princípios constitucionais incidem na atividade administrativa, de modo que já não há como defender um espaço de discricionariedade administrativa, mas uma maior ou menor vinculação a partir da perspectiva da juridicidade administrativa.¹⁵²

Nunca é demasiado recordar que o agente público não é o dono dos bens e interesses que administra, exercendo apenas uma função

¹⁵¹ Para uma abalizada análise da nova roupagem da discricionariedade administrativa no Estado constitucional de direito, em processo de sedimentação na doutrina nacional, sobretudo nas últimas duas décadas, consultar: CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa no Estado constitucional de direito*. 1. ed. 3. tir. Curitiba: Juruá, 2003; FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004; HARGER, Marcelo. A discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 765, p. 11-36, out. 1998; PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009; SICCA, Gerson dos Santos. *Discricionariedade administrativa: conceitos indeterminados e aplicação*. Curitiba: Juruá, 2006.

¹⁵² Sobre o tema, consultar: BINENBOJM, *Uma teoria do Direito Administrativo...*, p. 208-212; VIANA, Ruth Araújo. O princípio da juridicidade e os princípios constitucionais como instrumentos para o controle eficaz dos atos administrativos discricionários. In: SILVA, Maria Teresinha Pereira; ZANOTELLI, Maurício (Coord.). *Direito e Administração Pública: por uma hermenêutica compatível com os desafios contemporâneos*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 119-148.

administrativa delimitada pelo respectivo plexo de suas competências funcionais. Não lhe é lícito dispor de bens, interesses ou do agir da Administração segundo qualquer ordem de conveniências, paixões ou demandas diversas da cativa vinculação à juridicidade normativa constitucional. Mais do que a estática preocupação em cumprir com a lei (legalidade estrita), o gestor público deve estar preocupado com a concretização e conformação das determinações normativas constitucionais, sempre com a manutenção da mira finalística da atividade administrativa na defesa e promoção dos direitos fundamentais, fim último e fator de legitimação tanto da Administração Pública como, de resto, de todos os poderes constituídos.

No Estado constitucional de direito, mais do que a estática e fechada vinculação à estrita legalidade administrativa, a Administração Pública submete-se à vinculação ao princípio aberto e dinâmico da juridicidade administrativa, no sentido de que a atividade administrativa somente pode ser reconhecida como válida, legítima e adequada (justificada), se conforme ao sistema normativo de regras e princípios previstos na Constituição, com especial destaque para a satisfação dos direitos fundamentais.¹⁵³

Na doutrina brasileira, Germana de Oliveira MORAES sustenta a existência de uma categoria de conceitos jurídicos indeterminados que restariam insuscetíveis a um controle jurisdicional pleno e irrestrito, como no caso daquelas decisões administrativas relacionadas à concretização dos chamados “conceitos de prognose”, cujo preenchimento parte de um juízo de aptidão aplicado na avaliação de pessoas, coisas ou processos sociais.¹⁵⁴

Há situações da prática jurídico-administrativa em que, embora a norma esteja construída sob conceitos indeterminados (*prima facie*), existem meios e parâmetros capazes de afastar a discricionariedade administrativa na aplicação daqueles conceitos empíricos ou conceitos técnicos normatizados, transformando objetivamente em determinável aquele conceito normativo aparentemente indeterminado. Mas isso não é comum a todos os casos em que a Administração Pública aplica conceitos normativos práticos, remanescendo situações marcadas por certa margem de discricionariedade na ponderação e decisão pelos contornos da medida administrativa adequada (juízos valorativos).

¹⁵³ Nesse sentido: BINENBOJM, *Uma teoria do Direito Administrativo...*, p. 125-194; OTERO, *Legalidade e Administração Pública...*, p. 735-743.

¹⁵⁴ MORAES, Germana de Oliveira. Controle jurisdicional da Administração Pública. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 76.

Embora não pareça adequada a “confusão” conceitual, é certo que a diminuição da vinculação administrativa caracteriza a atuação estatal concretizadora de disposições normativas veiculadas por meio de conceitos imprecisos, uma vez que “tanto *discrecionalidade* quanto *conceitos indeterminados* são técnicas legislativas que traduzem a abertura das normas jurídicas, carecedoras de complementação”.¹⁵⁵

No estudo da questão do interesse público, enquanto conceito jurídico indeterminado, Carlos Ernesto Maranhão BUSATTO aproxima a análise sob os parâmetros da *discrecionalidade* administrativa, sustentando que, “por se situar implícita ou explicitamente no fim mediato ou imediato da disposição legislativa, o administrador é levado a preenchê-lo por meio de juízos valorativos ou prognósticos, atribuindo-lhe os mais diversos sentidos”.¹⁵⁶

Em síntese, convém ressaltar que, nada obstante a indeterminação conceitual característica e geneticamente constitutiva da noção de interesse público, tal situação não pode ser traduzida em uma pretensa condição de liberalidade ou *discrecionalidade* do agente público para conduzir as decisões e atividades administrativas segundo qualquer dimensão vaga ou subjetiva de interesse público. A densificação administrativa do conteúdo do interesse público somente será legítima se passível de uma recondução racional ao sistema de regras e princípios eleitos pelo legislador constituinte e pela ordem normativa infraconstitucional, se parametrizada com a Constituição. Não se pode admitir que a concretização prática da noção de interesse público possa ser colonizada pelos domínios da *discrecionalidade* administrativa. Em última análise, todas as decisões administrativas são vinculadas (em maior ou menor gradação) à ordem normativo-axiológica constitucional e infraconstitucional, de onde ressaem a justificativa, o fundamento, a finalidade e a própria legitimação do agir administrativo.

2.5.2 O interesse público como conceito jurídico indeterminado determinável

Dados os aportes teóricos preliminares, situando-se o conceito de interesse público na órbita dos conceitos jurídicos indeterminados, convém delimitar com maior apuro essa relação, sobretudo com vistas à definição da determinabilidade daquele conceito nuclear. A partir da proposição de que a expressão “conceito jurídico indeterminado” seja

¹⁵⁵ BINENBOJM, *Uma teoria do Direito Administrativo...*, p. 218.

¹⁵⁶ BUSATTO, *Reflexões críticas acerca do papel...*, p. 46.

reservada somente para os casos de conceitos efetivamente dotados de elevado grau de indeterminação e vagueza de sentido, Antônio Francisco de SOUSA apresenta a sua divisão em diferentes categorias: os *conceitos descritivos* ou *empíricos* seriam aqueles referíveis a objetivos relacionados à realidade prática, como os conceitos de homem, morte, doença; já os *conceitos normativos* estariam ligados a questões valorativas, tanto a partir de uma representação vinculada ao universo normativo, v.g., os conceitos de furto, roubo, estupro (*conceitos normativos em sentido estrito*), quanto nos casos em que o conceito preserva uma relação simultânea entre o universo normativo e uma concepção também axiológica, v.g., os conceitos de pessoa indigna, conduta imoral (*conceitos normativos de valor*); e, ainda, os chamados *conceitos discricionários*, comuns à discricionariedade judicial e à discricionariedade administrativa, marcadas pelo que o administrativista português refere como “autonomia da valoração pessoal”.¹⁵⁷

Em estudo sobre o tema, e com enfoque ligeiramente diverso, BINENBOJM ressalta que os enunciados normativos são constituídos por diversos *conceitos objetivos* (idade, sexo, hora, lugar), sobre os quais não remanescem dúvidas acerca da extensão e do alcance. Há, no mesmo quadrante, *conceitos de conteúdo objetivamente decifrável* (chuva de granizo, morte natural, tráfego lento), que podem receber uma determinação objetiva de sentido (significado) a partir do recurso à *experiência comum* ou a *conhecimentos específicos*. Por outro lado, os *conceitos jurídicos indeterminados* seriam aqueles cujo processo de aplicação venha marcado por dúvidas e controvérsias acerca do seu sentido e alcance (interesse público, urgência, reputação ilibada), reclamando do intérprete da norma uma valoração,¹⁵⁸ que pode estar

¹⁵⁷ SOUSA, Antônio Francisco de. *Conceitos indeterminados no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 17.

¹⁵⁸ Ainda que não se pretenda aprofundar o debate acerca da interpretação, importa assinalar que a interpretação da norma deve cingir-se à busca do seu conteúdo correto, sua intenção e extensão, o fim a que se propôs a lei com o uso de determinada expressão ou termo jurídico. Deve o intérprete, valendo-se das regras de hermenêutica, questionar acerca da intenção da norma, a partir do termo empregado (ainda que impreciso). Que fim pretendeu a lei quando resguardou a “moralidade pública”, quando exigiu o “notório saber”? BONAVIDES ensina que a interpretação é uma “operação lógica, de caráter técnico mediante o qual se investiga o significado exato de uma norma jurídica, nem sempre clara ou precisa [...]”. Em verdade, a interpretação mostra o direito vivendo plenamente a fase concreta e integrativa, objetivando-se na realidade”. BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional...*, p. 398-99.

sujeito a um maior (amplo) ou menor (limitado) controle jurisdicional, a depender “de sua associação ou dissociação da discricionariedade”.¹⁵⁹

De fato, há incontáveis situações em que o conteúdo dos conceitos jurídico-normativos, embora não integralmente submetidos a uma única e já revelada conformação de sentido (significação), são plenamente decifráveis por meio do recurso a conhecimentos específicos e juízos avalorativos, remanescendo o cabimento de juízos de discricionariedade valorativa da Administração somente no caso daqueles conceitos normativos “efetivamente indeterminados”, e que assim permanecerem no processo de integração da norma ao caso concreto.

Nesse mesmo sentido, SOUSA ressalva que a indeterminação de sentido dos conceitos jurídicos não conduz, de forma desavisada e automática, à livre discricionariedade administrativa, alertando que todo o “conceito legal indeterminado é pluridimensional, mas nem toda a pluridimensionalidade de um conceito legal indeterminado é querida pela lei. Neste caso, é possível uma passagem para a unicidade, isto é, é possível que o conceito legal indeterminado passe a ser determinado”.¹⁶⁰

Em todos os casos, ressalta-se a importância em apurar se o conteúdo do conceito indeterminado não se revela determinável a partir da “experiência empírica, da interpretação com cunho valorativo ou auxiliada por conhecimentos técnicos específicos, pois a ampliação da margem de liberdade subjetiva do intérprete é excepcional e somente observada na apreciação de conceitos eminentemente valorativos”.¹⁶¹

Ademais, não se pode olvidar que a imprecisão, a vagueza e a indeterminação dos conceitos jurídicos aplicados no ordenamento jurídico são comuns à linguagem cotidiana. Trata-se de um traço característico da linguagem, em todos os idiomas naturais. Não se trata de um erro ou defeito a ser corrigido. Assim, no caso da linguagem jurídico-normativa, a problemática gravita em torno dos limites de significação de cada conceito jurídico plurissignificativo.

Partindo dessa premissa, Fernando SAINZ MORENO esclarece que todo conceito possui um núcleo que corresponde à sua essência, seu significado originário (núcleo conceitual). Esse núcleo de significação corresponderia à zona de certeza do conceito (domínio das afirmações evidentes). A zona de certeza comporta tanto uma aceção positiva (induviosa aplicação/determinação do conceito jurídico para o caso/situação sob juízo) como um polo negativo (inequívoco

¹⁵⁹ BINENBOJM, *Uma teoria do Direito Administrativo...*, p. 214.

¹⁶⁰ SOUSA, *Conceitos indeterminados no Direito Administrativo...*, p. 83.

¹⁶¹ BUSATTO, *Reflexões críticas acerca do papel...*, p. 45.

descabimento do conceito normativo). No caso dos conceitos jurídicos indeterminados, entre as zonas de certeza positiva e negativa restaria uma zona de dúvida (halo), sujeita a integração/interpretação conceitual a partir de juízos e perspectivas pessoais (subjetivas).¹⁶²

Essa “zona cinzenta”, intermediária entre as certezas positiva e negativa, pela qual resta controvertida e imprecisa a definição do conceito jurídico e seus parâmetros de densificação, é comum aos conceitos jurídicos indeterminados, dentre os quais o interesse público. Na trilha destas considerações, RIBEIRO adverte que, “por mais que inicialmente, em abstrato, diretamente, não seja possível dizer, precisar, esquadriñar o que seja, é possível, sem grandes dificuldades, chegar-se a um consenso do que não é, e com o complemento dado pela situação posta, ao que, naquele caso, é o *interesse público*”.¹⁶³

Em suma, quer a partir de uma perspectiva negativa quer pela via de uma dimensão positiva, a concretização otimizada dos contornos e limites do que seja o interesse público em determinada situação concreta dependerá de um juízo ponderativo da Administração Pública, a partir de uma atividade vinculativa e submetida direta e imediatamente à ordem normativa de regras e princípios constitucionais, complementada pelo conjunto de ponderações do legislador ordinário e dos demais instrumentos normativos infraconstitucionais, que servem de baliza e fundamento de legitimidade do próprio agir administrativo.

2.6 O INTERESSE PÚBLICO NO DIVÃ: PARA UM CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO

A construção de um conceito de interesse público não é, certamente, uma empreitada singela e acanhada.¹⁶⁴ Há quem defenda,

¹⁶² SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976, p. 197.

¹⁶³ RIBEIRO, *Interesse público: um conceito jurídico determinável...*, p. 118.

¹⁶⁴ No presente estudo o debate acerca do interesse público estará voltado, mais especificamente, à seara das relações jurídico-administrativas. Mas a temática relacionada ao conceito de interesse público, sua prevalência abstrata e apriorística, além da relação com a defesa e promoção dos direitos fundamentais, não está restrita ao Direito Administrativo. No Direito Tributário, por exemplo, debate com semelhantes contornos começa a tomar densidade. Sobre o tema, consultar: SEVEGNANI, Joacir. *A resistência aos tributos no Brasil: Estado e sociedade em conflito*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009; TAVARES, Diogo Ferraz Lemos. *A supremacia do interesse público e o Direito Tributário*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012. Importa, ainda, suscitar que a

inclusive, que o interesse público acabe por ser refratário ao aprisionamento em uma noção propriamente conceitual (que ostente um conteúdo determinado). Seria, portanto, uma noção muito mais funcional e dinâmica do que conceitual, podendo apresentar muitas variações segundo critérios quantitativos e qualitativos, se apurada em diferentes épocas (tempo) e países (espaço).¹⁶⁵ Inclusive, esta dificuldade em estabelecer um conceito de interesse público levou o administrativista argentino Guillermo Andrés MUÑOZ a defender (de forma lapidar e até poética) que o interesse público seria como o amor: mais fácil sentir do que definir!¹⁶⁶

Ante a sua característica fluidez conceitual, há quem qualifique a ideia de interesse público como verdadeiro *tópois*,¹⁶⁷ um *lugar comum*

construção do debate em torno da ideia de interesse público na seara tributária não pode prescindir de uma ampla recuperação da própria noção do tributo na História, no sentido de fixar em sólida contextualização histórica e política as adequadas bases da concepção de interesse público e seus desdobramentos na ordem constitucional, sobretudo a partir de uma dinâmica e aberta leitura do princípio republicano, conjugado com os demais princípios constitucionais estruturantes, como a dignidade da pessoa humana, o Estado democrático de direito e o princípio federativo. Sobre a recuperação das bases históricas e políticas da noção de tributo, consultar: BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. História do tributo no Brasil. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005; BALTHAZAR, Ubaldo Cesar (Org.). O tributo na História: da Antiguidade à Globalização. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006; CATARINO, João Manuel Ricardo. Para uma teoria política do tributo. 2. ed. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 2009; CATARINO, João Manuel Ricardo. Redistribuição Tributária: Estado social e escolha individual. Coimbra: Almedina, 2008.

¹⁶⁵ Nesse sentido: RIVERO, *Direito Administrativo...*, p. 15; VEDEL, Georges. *Derecho Administrativo*. Traducción de la 6ª edición francesa por Juan Rincón Jurado. Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980, p. 257-260.

¹⁶⁶ MUÑOZ, Guillermo Andrés. El interés público es como el amor. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 21-31.

¹⁶⁷ Para estudo acerca da tópica jurídica, pode-se consultar: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios...*, p. 121-32; GARCIA AMADO, Juan Antonio. Tópica, Derecho y método jurídico. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 04, p. 161-188, 1987; VIEHWEG, Theodor. Tópica y jurisprudencia. Traducción de Luis Díez-Picazo Ponce de Leon. Madrid: Taurus, 1964.

(*locus*), e que por isso mesmo dispensaria uma definição mais precisa, até para facilitar sua adequada e eficiente aplicação.¹⁶⁸

A aventada dificuldade em definir o interesse público também não escapou à aguçada lente do administrativista espanhol Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, atribuindo-a, entre outras particularidades, ao fato de estar visceralmente ligado à realidade, não existindo a sua margem ou dela afastado. O interesse público restaria descortinado e projetado a partir da sua operação de materialização, precipuamente promovida pela Administração Pública. Mas isso não equivale a dizer, por outro lado, que não existam parâmetros de aferição racional e normativa do interesse público, que residiria atualmente “no marco dos princípios informadores do Estado social e democrático de Direito”.¹⁶⁹

Convém agora colher algumas contribuições da doutrina jurídica estrangeira, na tentativa de lançar os adequados parâmetros ao conceito de interesse público.¹⁷⁰ Na doutrina administrativista francesa, pode-se obter da clássica obra de Georges VEDEL um importante contributo para o conceito de interesse público. Após esclarecer que esta noção atende por diferentes designações (interesse público, interesse geral, utilidade pública), VEDEL apresenta-o a partir de duas acepções: uma político-constitucional e outra jurídico-administrativa.¹⁷¹

Sobre a perspectiva política, VEDEL sustenta a necessidade de afastar o que designa como dois equívocos recorrentes: primeiramente, há que se superar a ideia de que o interesse público não seria mais do que o simples somatório dos interesses particulares; da mesma forma, não se pode admitir a crença de que o interesse público não teria qualquer relação com os indivíduos ou com os grupos que compõem a

¹⁶⁸ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Interesse público. Revista do Ministério Público do Trabalho da 2ª Região, São Paulo, n. 01, p. 09-20, 1995, p. 10-12.

¹⁶⁹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El interés general como categoría central de la actuación de las Administraciones Públicas. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 42.

¹⁷⁰ Para um amplo e abrangente inventário doutrinário da noção de interesse público no Direito Comparado, pode-se consultar: DIAS, André de Vasconcelos. O interesse público no Direito Comparado. 2008. 127 f. Monografia da Disciplina de Direito Administrativo (Mestrado em Direito) – Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2008.

¹⁷¹ VEDEL, *Derecho Administrativo...*, p. 257.

nação, um erro sutil e que acaba comumente povoando os próprios comportamentos administrativos estatais. Nesse sentido, o interesse público nasceria do processo de arbitragem entre os diversos interesses particulares em jogo, por vezes inclinando-se em favor dos interesses de um grupo mais numeroso de indivíduos (critério quantitativo), a exemplo de uma desapropriação por necessidade ou utilidade pública; outras vezes, por outro lado, a partir do respaldo qualitativo de interesses de minorias, como no caso dos sistemas de assistência social e de saúde para determinados grupos de indivíduos das camadas menos favorecidas da sociedade.¹⁷²

Essa perspectiva político-constitucional do interesse público, vinculada à consecução de uma finalidade (objetivo) pública geral e norteadora das ações estatais, encontra uma fartura de exemplos na ordem constitucional brasileira, desde o seu preâmbulo¹⁷³ e, sobretudo,

¹⁷² Ibidem, p. 257-258.

¹⁷³ O preâmbulo (documento comum às Constituições contemporâneas) representa a síntese dos objetivos e finalidades estruturantes de determinado diploma constitucional, a ruptura com a ordem constitucional anterior e a instituição de um novo conjunto de valores e princípios fundantes do nascente Estado constitucional de direito. A doutrina majoritária e a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADI 2.076, Rel. Min. Carlos Velloso. Julgamento pelo Plenário em 15.08.2002. Publicado no DJ em 08.08.2002) não reconhecem o preâmbulo como parte do texto constitucional propriamente dito, o que afastaria sua utilização enquanto paradigma de comparação para o controle de constitucionalidade de atos normativos e administrativos (tese da irrelevância jurídica). Nesse sentido, o preâmbulo constitucional seria um documento eminentemente político e desprovido de qualquer força normativa, não veiculando propriamente normas constitucionais. Diversamente, corrente minoritária defende que o preâmbulo é texto normativo materialmente integrante da Constituição, dela fazendo parte e com ela se relacionando, em um todo orgânico, aberto e sistemático, sendo que suas disposições gozariam de força normativa vinculante tanto para o restante do texto constitucional, como para a totalidade do ordenamento jurídico, dos poderes constituídos e da sociedade. Síntese das diretrizes sociopolíticas, filosóficas e ideológicas da nova ordem constitucional, o preâmbulo serviria de parâmetro de conformação inarredável e verdadeira linha mestra interpretativa (tese da plena eficácia). Apesar disso, inclusive pelo caráter extremamente aberto e generalizante de suas disposições, parece correto reconhecer a dificuldade da argumentação no sentido de uma possível afronta direta ao preâmbulo, que já não tenha atacado (mais diretamente) outras disposições constitucionais específicas. Mas isso não retira, de forma alguma, seu valor como elemento de interpretação e integração do texto constitucional (tese da

no artigo 3º da Constituição Federal, que elenca os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Desta forma, na perspectiva política o interesse público viria delineado pelo legislador constitucional (e também infraconstitucional), a quem competiria definir os objetivos político-sociais a serem perseguidos pela ação estatal. Apesar disso, nem sempre esses parâmetros políticos do interesse público alcançam expressa positividade jurídico-constitucional, “mas, uma vez que isso ocorra, a expressão torna-se paradigmática e mandamental: a lei passa a ser a definição incontestável e inviolável do interesse público”.¹⁷⁴

Já a noção jurídico-administrativa de interesse público estaria relacionada diretamente à determinação, pelas autoridades legislativas competentes (constitucionais e infraconstitucionais), da prevalência de determinados interesses especiais, cabendo ao legislador dispor das normas jurídicas necessárias para a consecução das finalidades públicas eleitas, com a respectiva criação de serviços públicos e a determinação das atividades estatais capazes de alcançar os referidos objetivos, inclusive indicando a autoridade competente para intervir na matéria, os meios e recursos aos quais poderá recorrer.¹⁷⁵

Na verdade, o sentido jurídico-administrativo do interesse público guarda estreita relação de dependência ao primado da legalidade, no sentido da fiel observância aos parâmetros normativos impostos (expressa e implicitamente) pela ordem jurídica. Por outro lado, embora a eleição (definição) das finalidades gerais de interesse público comumente não grave no plexo de atribuições da Administração Pública, esta “assume com frequência a tarefa de tomar atitudes que o concretize na atividade cotidiana, valendo-se de um amplo poder de apreciação casuística”.¹⁷⁶ Esta é, seguramente, a face mais perigosa e instável da consecução do interesse público, quando da sua concretização pela Administração Pública, sobretudo naqueles casos de alargada indeterminação normativa (conceitos indeterminados, interesse público implícito etc.), o que facilita sobremaneira a tomada de assalto

relevância jurídica indireta). Para estudos complementares, pode-se consultar: ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza. O preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 e sua ideologia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 143, p. 05-14, jul./set. 1999.

¹⁷⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 430.

¹⁷⁵ VEDEL, *Derecho Administrativo...*, p. 258-259.

¹⁷⁶ BUSATTO, *Reflexões críticas acerca do papel...*, p. 21.

dos espaços públicos por conjuntos de interesses egoísticos travestidos de incontestável interesse público.

A título ilustrativo, colaciona-se também o pensamento de outro administrativista francês, Jean RIVERO, para quem o interesse público (geral) não seria “o interesse da comunidade como uma entidade distinta dos que a compõem e superior a eles; é muito mais simplesmente, um conjunto de necessidades humanas – aquelas a que o jogo das liberdades não provê de maneira adequada e cuja a satisfação, todavia, condiciona a realização dos destinos individuais”.¹⁷⁷

Na literatura jurídica lusitana,¹⁷⁸ Rogério Guilherme Ehrherdt SOARES compôs uma das primeiras obras monográficas específicas sobre a temática relacionada ao interesse público. Após uma análise das três clássicas funções do Estado moderno, SOARES afiança que dentre elas a única livre é a de legislar, em uma espécie de “desvinculação absoluta” que não encontra limites de natureza jurídica. Entretanto, tal liberdade somente pode ser usada para a tutela do interesse público, repartindo os bens da sociedade (materiais e imateriais), conforme uma escala de fins a que se destinam, para a justa composição dos interesses em conflito.¹⁷⁹

Com base na doutrina carneltuttiana de “interesse público na justa composição dos conflitos” (de caráter formalista), SOARES avança para a construção de uma ideia de composição de conflitos a partir da noção material de necessidade coletiva ou interesse coletivo, designado de *interesse coletivo primário*, como sendo aqueles fins privados ou

¹⁷⁷ RIVERO, *Direito Administrativo...*, p. 15.

¹⁷⁸ Para um estudo panorâmico da noção de interesse público no Direito Administrativo português, pode-se consultar: ANTUNES, Luís Filipe Colaço. Constituição, Administração e interesse público: o eterno retorno ao momento originante ou o Estado contra a Administração. 25 Anos da Constituição da República Portuguesa de 1976: evolução constitucional e perspectivas futuras. Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, p. 542-560, 2001; CAUPERS, João. Introdução ao Direito Administrativo. Lisboa: Âncora, 2000, p. 61-66; CORREIA, José Manuel Sérvulo. Noções de Direito Administrativo. v. I. Lisboa: Editora Danúbio, 1982, p. 227-231; SILVA, Frederico Rodrigues. Abordagem crítica acerca do interesse público: uma visão Brasil-Portugal. 2009. 51 f. Monografia da Disciplina de Direito Administrativo (Mestrado em Direito) – Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2009; SOUSA, Marcelo Rebelo de. Lições de Direito Administrativo. v. I. Lisboa: Pedro Ferreira Editor, 1995, p. 123-142.

¹⁷⁹ SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. Interesse público, legalidade e mérito. Coimbra: Atlântida, 1955, p. 101.

públicos reconhecidos pelo legislador. Nesta quadra, o interesse público não seria “um interesse abstracto ou um bem que pertença a uma esfera totalmente distinta da esfera do cidadão: ‘o interesse público é, sem perder a sua qualidade de interesse superior, nem se resolver na soma desses interesses, a sublimação numa unidade da qual, todavia, os interesses particulares são coeficientes’”¹⁸⁰.

Interessante atentar que, diversamente do que ocorre no Brasil, no caso da atual ordem constitucional portuguesa, a Constituição de 1976 expressamente assegura, no inciso 1 do seu artigo 267, o princípio da prossecução (não da supremacia) do interesse público, quando dispõe que a “Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”.¹⁸¹ Partindo desta esteira normativo-constitucional lusitana, AMARAL chama a atenção para alguns corolários do chamado princípio da prossecução do interesse público: 1. Compete à lei definir os interesses públicos e não à Administração Pública, salvo as (por vezes tormentosas e desviadas) situações de competência administrativa para a concretização de conceitos indeterminados; 2. O interesse público ostenta conteúdo variável, não admitindo definições rígidas e inflexíveis; 3. A definição do interesse público pela lei impõe a obrigatoriedade de cumprimento pela Administração Pública; 4. O interesse público delimita a capacidade jurídica das pessoas coletivas públicas e a competência dos seus órgãos (princípio da especialidade); 5. Somente o interesse público legalmente previsto justifica a atividade administrativa, pelo que na sua ausência a atividade estará viciada por desvio de poder (finalidade); 6. A satisfação de interesses privados em vez de interesses públicos pela Administração Pública, seus órgãos e agentes caracteriza corrupção punível civil, criminal e administrativamente; 7. A obrigatória prossecução do interesse público impõe à Administração Pública a adoção, em cada caso concreto, das

¹⁸⁰ Ibidem, p. 103.

¹⁸¹ A título ilustrativo, convém fazer referência à Constituição espanhola de 1978, que em termos bastante assemelhados à Constituição portuguesa de 1976, em seu artigo 103, 1 assegura que “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales...”. Para uma análise da noção de interesses gerais na ordem constitucional espanhola, consultar: MEILÁN GIL, José Luis. Interesses generales e interés público desde la perspectiva del Derecho Público español. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 65-88.

melhores soluções técnicas, administrativas e financeiras possíveis (dever de boa administração¹⁸²).¹⁸³

Com efeito, de todos esses corolários do princípio da prossecução do interesse público, didática e oportunamente referidos pelo administrativista lusitano, o penúltimo é seguramente o mais problemático e controvertido, na medida em que aparentemente posiciona os interesses privados e o Poder Público em rota de colisão.

À primeira vista, essa posição acaba por desconsiderar a hipótese (totalmente possível e recorrente nas sociedades contemporâneas) de o ordenamento jurídico albergar legítimos interesses particulares/privados, notadamente aqueles empreendimentos econômicos da iniciativa privada em geral, relacionados, v.g., às áreas do turismo, da cultura, da ciência e da tecnologia. Áreas direta ou indiretamente dependentes de uma atividade estatal de fomento econômico, tecnológico e/ou qualquer outra forma de estímulo estatal. E sem que isso venha a convolar aqueles interesses privados em interesses públicos. Já não se pode conceber a ideia de que, como um Midas moderno, tudo o que o Estado toque seja convertido em interesse público. Isso acabaria, inclusive, por ampliar de forma tal esse conceito, que o efeito seria esvaziá-lo por completo de sentido operativo (uma espécie de maldição de Midas): albergando tudo, para nada mais serviria!

Retomando o inventário doutrinário em curso, no Brasil pode-se seguramente atribuir a Celso Antônio Bandeira de MELLO os estudos mais respeitados e tradicionalmente difundidos acerca da temática que envolve o interesse público. Segundo o administrativista pátrio, o “interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos **pessoalmente** têm quando considerados **em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem**”.¹⁸⁴

É oportuno ressaltar, inclusive, que foi MELLO o difusor no Brasil da célebre diferenciação entre interesses públicos primários e interesses públicos secundários, com base na obra de Renato ALESSI. A partir do debate acerca da noção de função administrativa e sua

¹⁸² Para estudos aprofundados sobre o dever de boa administração como direito fundamental dos cidadãos, pode-se consultar: FREITAS, Juarez. Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2007.

¹⁸³ AMARAL, *Curso de Direito Administrativo...*, p. 36-38.

¹⁸⁴ MELLO, *Curso de Direito Administrativo...*, p. 51.

centralidade para a Administração Pública,¹⁸⁵ o administrativista italiano busca respaldo da doutrina carneluttiana para esclarecer que os interesses públicos (coletivos) não podem ser confundidos com os interesses do Estado, do aparelho da Administração burocrática ou do erário, assim unitariamente considerados. Essa relação seria apenas contingencial (possível, mas não necessária), pelo que os interesses secundários do Estado (aparato estatal) e da estrutura administrativa somente poderiam ser legitimamente mirados e almejados pela Administração Pública quando e se (somente se) coincidentes com os interesses coletivos primários, os únicos e verdadeiros interesses públicos propriamente ditos.¹⁸⁶

Nessa mesma linha, para José dos Santos CARVALHO FILHO a noção de interesse público radica na superação das “fronteiras dos interesses individuais e representa uma demanda de satisfação por parte das comunidades”, pelo que “o interesse público não é o *somatório dos interesses individuais* dos componentes do grupo social, mas traduz interesse próprio, coletivo, gerador de satisfação geral, e não individual; enfim, busca o bem comum”.¹⁸⁷

Esse debate é redimensionado por JUSTEN FILHO, inicialmente com base em uma conceituação negativa de interesse público, ou seja, a partir daquilo que não configura o conceito ou com ele se confunde, a fim de chegar ao que poderia ser assim definido. Primeiro, cabe reconhecer que o interesse público não se confunde com o interesse do Estado, já que este é sim instrumento de realização daquele. O interesse público sequer é essencialmente de titularidade do Estado, já que existem interesses públicos não estatais, como o caso do chamado terceiro setor (no Brasil, são exemplos as Organizações Não-Governamentais (ONGs), as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs) e as Entidades do Sistema S). Por outro lado, sob as balizas de uma Constituição republicana e democrática como a brasileira, não se pode entender o Estado senão como instrumento de satisfação dos interesses públicos, ou seja, aquilo que

¹⁸⁵ Para estudos aprofundados sobre a noção de função administrativa a partir de ALESSI, pode-se consultar: ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo: I soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa*. t. I. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1978, p. 01-16.

¹⁸⁶ ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1960, p. 197-201.

¹⁸⁷ CARVALHO FILHO, *Interesse público...*, p. 73.

gravita em torno da consecução dos direitos fundamentais, instância última de legitimação da própria estrutura estatal.¹⁸⁸

Realmente, “nenhum ‘interesse público’ se configura como ‘conveniência egoística da administração pública’”, já que o chamado interesse secundário ou interesse da Administração Pública não é público, não sendo sequer efetivo interesse, mas mera conveniência circunstancial.¹⁸⁹ Nem se confunde com os interesses do agente público, que deve pautar suas ações segundo os interesses da coletividade abstratamente considerada, e não interesses particulares egoísticos. O Estado “somente está legitimado a atuar para realizar o bem comum e a satisfação geral”.¹⁹⁰

Com efeito, o interesse público também não pode ser simploriamente qualificado como o interesse da maioria da população (critério quantitativo),¹⁹¹ o que afrontaria sobremaneira ao princípio do

¹⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 37.

¹⁸⁹ Nesse sentido, ao que parece JUSTEN FILHO acaba por afastar a doutrina alessiana da distinção entre os interesses primários e secundários, na medida em que aqueles interesses meramente instrumentais da Administração Pública não seriam públicos. Nas palavras do autor: “O chamado ‘interesse secundário’ (ALESSI) ou ‘interesse da Administração Pública’ não é público. Ousa-se afirmar que nem ao menos são ‘interesses’, na acepção jurídica do termo. São meras conveniências circunstanciais, alheias ao Direito. A tentativa de obter a maior vantagem possível é válida e lícita, observados os limites do direito, apenas para os sujeitos privados. Essa conduta não é admissível para o Estado, que só está legitimado a atuar para realizar o bem comum e a satisfação geral”. Ibidem, p. 39.

¹⁹⁰ Idem, Ibidem.

¹⁹¹ Sobre essa complicada e mesmo tormentosa questão da relação entre o interesse público e o princípio majoritário, convém trazer a difundida obra do administrativista argentino Héctor Jorge ESCOLA, que em 1989 desenvolveu abrangente trabalho monográfico específico sobre o interesse público como categoria fundamental ao Direito Administrativo, a partir de um conceito de interesse público marcado por uma estreita (mesmo constitutiva) relação com o princípio majoritário. Depois de defender que o Direito Administrativo tem seu real fundamento no interesse público, razão de ser da atividade administrativa, cabendo sim entendê-lo não como um direito da Administração Pública e sim como um verdadeiro direito do interesse público, buscado por meio da ação do Poder Público, ESCOLA oferece uma definição de interesse público, segundo a qual “o resultado de um conjunto de interesses individuais, compartilhados e coincidentes, de um grupo majoritário de indivíduos, que se destina a toda a comunidade como consequência dessa maioria, e que encontra sua origem no

Estado democrático de direito, destruindo e marginalizando os interesses das minorias, em uma perigosa supremacia ou ditadura dos interesses da maioria, quase sempre eventual, sazonal e manipulável. O interesse público, este conceito jurídico indeterminado,¹⁹² não pode ser apressada e descontextualizadamente resumido a uma questão numérica, sob pena de odiosa ruptura com o princípio democrático e os direitos fundamentais que gravitam na órbita constitucional. Trata-se de um conceito muito mais qualitativo do que quantitativo, sintetizado no interesse coletivo plasmado nas estruturas axiológico-normativas edificadas com base na engenharia constitucional dos direitos fundamentais.

Para JUSTEN FILHO, somente seria viável “aludir a ‘interesse público’ como resultado de um longo processo de produção e aplicação do direito”, pelo que não haveria “interesse público prévio ao direito ou à atividade decisória da Administração Pública”. Por conseguinte, o conceito de interesse público envolveria uma questão ética e não técnica, pelo que haveriam demandas diretamente voltadas à “realização de princípios e valores fundamentais, especialmente a dignidade da pessoa humana”. Desta maneira, poder-se-ia defender que o “ponto

querer axiológico desses indivíduos, figurando com um conteúdo concreto e determinável, atual, eventual ou potencial, com eles pessoal e diretamente relacionado, que podem reconhecer no interesse público seu próprio querer e sua própria valoração, prevalecendo sobre os interesses individuais que se lhe oponham ou afetem, os quais afasta ou substitui, sem aniquilá-los”. Nesse sentido: ESCOLA, Héctor Jorge. El interés público como el fundamento del Derecho administrativo. Buenos Aires: Depalma, 1989, p. 236-250. Sem embargo do meritório esforço da definição oferecida, não se pode negar a acentuada abrangência e abertura conceitual, o que prejudica sua adequada aplicação. Ademais, e isso parece ser o ponto mais problemático, a definição oferecida remete, de forma até perigosa, diretamente para uma ideia de interesse público a partir de uma regra de maioria, o que seria totalmente inadmissível em um modelo de Estado constitucional de direito, que tem no componente político do respeito às minorias um dos seus relevantes e insuprimíveis traços constitutivos.

¹⁹² O tema dos conceitos jurídicos indeterminados já foi objeto de análise anterior. Para estudos complementares, pode-se consultar: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discrecionariedade e controle jurisdicional. 2. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 1998; COSTA, *Conceitos jurídicos indeterminados...*, p. 125-138; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A evolução do princípio de legalidade e o controle jurisdicional da discrecionariedade administrativa. Revista Discente Interinstitucional (RDI), Florianópolis, ano 1, n. 1, p. 139-169, jan./jun. 2006.

fundamental é a questão ética, a configuração de um direito fundamental. Ou seja, o núcleo do direito administrativo não reside no interesse público, mas nos direitos fundamentais”.¹⁹³

2.6.1 Sobre a bidimensionalidade do conceito de interesse público: sentido amplo e sentido estrito

Todas essas considerações permitem a construção de uma relação bidimensional do conceito de interesse público: tanto um conceito mais aberto e ampliativo, que pode ser reconduzido a uma dimensão político-axiológica do interesse público (sentido amplo); como um conceito mais restritivo, que por falta de uma designação mais adequada pode ser indicada como uma perspectiva jurídico-normativa (sentido estrito). Isto não equivale a dizer que exista qualquer disposição estanque ou irremediavelmente contraposta entre aquelas duas perspectivas, mas há elementos que asseguram o interesse funcional e operativo da distinção proposta.

Com base em uma perspectiva político-axiológica (sentido amplo), o conceito de interesse público pode ser construído a partir da justaposição àqueles princípios e valores constitucionais que fundam as próprias bases do Estado republicano, social e democrático de direito, conjugando-se àquelas cimeiras pautas axiológico-constitucionais que exprimem as noções de igualdade, liberdade, equidade, segurança, democracia e justiça,¹⁹⁴ veiculadas expressa ou implicitamente pelos direitos e garantias fundamentais. Nessa perspectiva abrangente, é possível sustentar, inclusive, que em diversos casos concretos a efetiva satisfação do interesse público poderá residir exatamente na defesa de determinado interesse individual (privado), no sentido de que a realização deste importa na concretização daquele, em uma espécie de vinculação estrutural. Até porque, nesta dimensão político-axiológica, não há espaço para necessárias oposições abstratas e apriorísticas entre interesses públicos e interesses privados. Nem para quaisquer

¹⁹³ JUSTEN FILHO, *Curso de Direito Administrativo...*, p. 43-44.

¹⁹⁴ Ultrapassam os limites deste estudo uma análise do conceito de justiça e suas variadas teorias. Sobre o tema, pode-se consultar uma das mais influentes teorias da justiça na contemporaneidade, na obra do filósofo estadunidense John RAWLS, com o seu debate no pensamento de Amartya SEN. Nesse sentido: RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997; SEN, Amartya. A ideia de justiça. Tradução de Nuno Castello-Branco Bastos. Coimbra: Almedina, 2009.

reducionismos estatistas de monopólio da defesa e promoção do interesse público.

Sobre esta perspectiva mais abrangente da noção de interesse público, Daniel SARMENTO oferece um exemplo interessante no sentido de demonstrar que, em diversas ocasiões, a defesa de um direito fundamental (individual) acaba por resultar na reflexa ou até direta promoção do interesse público. Tome-se para análise a relevante e amplamente debatida questão da liberdade de manifestação e de reunião (artigo 5º, IV e XVI da CF/88). Imagine-se que a Administração Pública, invocando a supremacia do interesse público, pretendesse proibir a realização de uma determinada manifestação no centro de uma dada cidade, com a justificativa de que tal atividade comprometeria gravemente o trânsito de vias importantes daquele espaço urbano. É possível, talvez até provável, que grande parte (e mesmo a maioria) da população atingida pelas manifestações apoiasse aquela decisão administrativa, por falta de identidade política com as bandeiras da manifestação ou simplesmente pelos inegáveis infortúnios decorrentes da restrição a sua locomoção (artigo 5º, XV da CF/88).¹⁹⁵

Por outro lado, uma análise mais ampliada da questão do interesse público, a partir de uma leitura político-axiológica da ordem constitucional, acabaria por conduzir à decisão ponderativa pela necessária prevalência das liberdades de manifestação e reunião (se estabelecidas dentro dos limites constitucionais, ainda que tensas, mas não pautadas pelo signo da violência gratuita), enquanto direitos fundamentais diretamente instrumentais ao Estado democrático de direito, mesmo que em detrimento daquelas conveniências pessoais e outros interesses relacionados ao regular trânsito (fluxo) de veículos na via pública.

A destacada genética contramajoritária dos direitos fundamentais não permite que eles sucumbam a anseios egoísticos, interesses de maiorias ocasionais ou restrições incompatíveis com a ética constitucional da prevalência dos direitos fundamentais. Neste caso, o interesse público estará claramente tatuado na própria perspectiva da defesa dos direitos fundamentais individuais de uma minoria, ainda que ante todo um estado de indignação e até pressão política da opinião

¹⁹⁵ SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito Administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 119-120.

pública,¹⁹⁶ muitas vezes facilmente manipulável por interesses que produzem uma publicidade recortada e seletiva dos fatos que serão noticiados: quais os retalhos fáticos que serão e como serão divulgados pela imprensa!

Mas o exemplo acima dado permite, ainda, uma análise sob outra perspectiva, muito mais reveladora do perigo que pode representar a construção isolada de um conceito de interesse público assim fluido, abrangente e totalizante. O caso do direito de manifestação e reunião deixa evidente que, em diversas situações, justificativas administrativas de “preventiva” defesa da “ordem pública”, da “segurança da coletividade” e de uma dimensão de interesse público (muito próxima de uma ideia de interesses da maioria), permitem que a Administração Pública facilmente confunda/camufle a imediata e severa restrição a direitos e garantias individuais pela via de uma retórica frouxa de defesa do interesse público. Por vezes, o grande problema não gravita somente na órbita abrangente do conceito político-axiológico do interesse público. Reside, também, na sua desvirtuada e autoritária aplicação pelo Poder Público, afastada de uma ponderação dialética de defesa e promoção dos direitos fundamentais.

Questões como esta merecem elevada atenção e preocupação, em especial, em democracias como a brasileira (frágeis e ainda em construção), ante a facilidade encontrada pelas autoridades públicas para legitimar discursos de restrição a direitos individuais, com base em uma noção muitas vezes autoritária e acrítica de satisfação do interesse público, quase sempre aplaudida por uma opinião pública completamente refém dos mecanismos de imprensa em geral, capazes de criar autênticas e “prodigiosas” cortinas de fumaça, com a produção seletiva de verdades que interessam a determinados setores do poder político e econômico (de dentro e de fora do Estado). Um verdadeiro “canto da sereia” que pode seduzir rapidamente significativas parcelas de uma sociedade ainda classista, excludente e politicamente apática.

Este cenário de justificação das ações e omissões do Poder Público, com base em uma debilitada retórica do interesse público, também acaba por invadir e colonizar os tribunais, muitas vezes menos

¹⁹⁶ Ultrapassam os limites do presente estudo a análise mais detida da complexa categoria “opinião pública” e suas diferentes perspectivas e nuances. Para um estudo sobre o tema, pode-se consultar: BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto. Para uma conceitualização de opinião pública a partir das categorias gramscianas de hegemonia e bloco histórico. Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 21, n. 40, p. 40-61, jul. 2000.

preocupados com o debate jurídico-constitucional de demandas de elevada expressão monetária e alcance de massa, suplantado por preocupações políticas vinculadas ao impacto econômico-financeiro das decisões. A “análise econômica do direito” pelos tribunais não pode invalidar cláusulas constitucionais veiculadoras de direitos fundamentais, ao argumento fluido da defesa do interesse público.¹⁹⁷

Muitas dessas posturas administrativas e judiciais não suportam sérias e firmes contestações, fundadas na supremacia da Constituição e na defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos. De fato, esta noção ampliativa acaba por denunciar um traço de grande fluidez conceitual, que prejudica uma pretensão de construção jurídico-normativa do conceito de interesse público. Mesmo assim, fica evidente que aquela concepção de supremacia do interesse público sobre o particular traz em si uma clara insubsistência enunciativa, uma vez que pressupõe uma estática e abstrata relação de conflito entre interesses que podem perfeitamente compor um harmonioso e conjugado quadro relacional. E mais: estabelece um parâmetro de prevalência abstrata e apriorística a uma situação que, quando conflituosa, acabará por exigir uma ponderação a partir de uma perspectiva concreta.

A perspectiva restritiva do conceito de interesse público (sentido estrito), por sua vez, vincula-se àqueles princípios, valores e objetivos que marcam o conjunto de interesses coletivos e sociais estabelecidos pela ordem normativa constitucional, conjugados em favor da comunidade política e não apenas de um ou outro cidadão individualmente considerado. Estes interesses coletivos e sociais devem ser densificados a partir de um processo de concretização ponderativa, tanto pelo Estado, via suas esferas ponderativas constitucionais, legislativas, administrativas e judiciais, como por todos os demais

¹⁹⁷ Ultrapassam os limites do presente estudo a abordagem do fenômeno da chamada “análise econômica do direito” (AED), debate que tem assumido representativos contornos no cenário contemporâneo, inclusive com especial destaque na relação com a defesa e promoção dos direitos fundamentais sociais. Para uma visão panorâmica sobre o tema, consultar: PACHECO, Pedro Mercado. *El analisis economico del Derecho: una reconstrucción teorica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994; PIETROPAULO, João Carlos. *Limites de critérios econômicos na aplicação do Direito: Hermenêutica e análise econômica do direito*. 2010. 254 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010; ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law and Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

espaços públicos não-estatais de defesa e promoção de interesses coletivos e sociais.

Esta perspectiva jurídico-normativa do conceito de interesse público já permite antever um cenário de possível convivência conflituosa entre interesses coletivos (públicos) e interesses individuais (privados). Um quadro de contraposição que deve ser estabilizado pelo marco normativo (constitucional e infraconstitucional) e pela respectiva via instrumental da ponderação de interesses, e não a partir de qualquer parâmetro apriorístico e autoritário de prevalência abstrata do interesse público sobre o privado.

Mas, quer em uma dimensão político-axiológica (sentido amplo) quer ante o parâmetro jurídico-normativo (sentido estrito), não se pode jamais reduzir o conceito de interesse público a uma perspectiva limitada à satisfação de uma medida possível do interesse público naquela situação concreta, no sentido de que alguma prossecução do interesse público já seria o suficiente para legitimar ou justificar o agir administrativo ou determinada decisão judicial. Há uma espécie de imperativo categórico (no sentido kantiano)¹⁹⁸ que impõe a constante e

¹⁹⁸ A noção de “imperativo categórico” é central à filosofia de KANT, sendo mesmo imprescindível para a adequada compreensão da moralidade e da eticidade no seu pensamento. O termo “imperativo” surge na Obra *“Fundamentação da Metafísica dos Costumes”*, escrita em 1785, com uma disposição funcional e de sentido que pode ser comparada (entendida) àquela dimensão dos “mandamentos bíblicos”. A teoria kantiana refere-se ao “imperativo hipotético” e ao “imperativo categórico”. Aquele representa “a necessidade prática de uma ação possível como meio de alcançar qualquer outra coisa que se quer”. Este, por sua vez, representa uma “ação como objetivamente necessária por si mesmo, sem relação com qualquer outra finalidade”, pelo que somente o imperativo categórico apresenta o “caráter de uma lei prática, ao passo que todos os outros se podem chamar, em verdade, princípios da vontade, mas não leis”. Neste sentido, o imperativo categórico kantiano pode ser descrito como o dever de toda pessoa em agir conforme os princípios que ela deseja que todas as demais pessoas sigam, com base em uma lei moral universal. Na célebre síntese do Filósofo de Königsberg: “Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”. Disso resulta o seguinte imperativo universal: age como se a máxima da tua ação devesse tornar-se, por tua vontade, lei universal da natureza. E o imperativo prático prescreve o seguinte: age de tal modo que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre como um fim em si mesmo e nunca como um meio. Neste sentido, consultar: KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos*

perpétua busca pelo nível ótimo de satisfação do interesse público, na sua relação com a máxima concretização ponderativa dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Disso, inclusive, decorre o cimeiro fundamento de legitimação de todos os poderes constituídos e do próprio Estado, a consecução otimizada dos interesses públicos (coletivos e sociais) e privados (individuais) que gravitam na órbita desse sistema aberto de regras e princípios constitucionais.

2.6.2 Algumas questões relevantes sobre o conceito de interesse público: pretensão de universalidade, competência para definição, aplicação em concreto e controle

A partir da construção bidimensional do conceito de interesse público, tanto sob o prisma político-axiológico como na perspectiva jurídico-normativa, algumas questões assumem capital relevância, merecendo uma abordagem mais detida (ainda que não exaustiva): O interesse público pode ser definido a partir de um conceito universal? Quem pode legitimamente definir o que seja o interesse público (conteúdo e significado)? A quem compete aplicar tais definições e determinar sua abrangência? E quais os limites ao controle do conteúdo do interesse público concretamente aplicado?¹⁹⁹

A noção de interesse público, com essa ou outra designação²⁰⁰ (bem comum,²⁰¹ interesse geral²⁰²), sempre acompanhou a civilização

costumes. Coleção “Os Pensadores”. Tradução de Paulo Quintela. São Paulo, Abril Cultural, 1980, p. 218-223.

¹⁹⁹ Alguns desses questionamentos são apresentados por MUÑOZ, como preocupações fundamentais que têm interessado à comunidade jurídica na Europa, em especial a alemã. Nesse sentido, ver: MUÑOZ, Guillermo Andrés. *El interés público...*, p. 22.

²⁰⁰ Embora parcela considerável da doutrina e da jurisprudência dos tribunais, bem como, por vezes, o próprio Direito Positivo, tenham indicado uma plena relação de sinonímia, com o emprego indiscriminado e indistinto de expressões como interesse público, interesse geral, bem comum, utilidade pública, interesse coletivo etc., não se pode olvidar a possibilidade de diferenciação, a partir de parâmetros filosóficos, políticos e de teoria do Estado. Isso poderia, inclusive, contribuir para a construção de um conceito de interesse público afinado com o atual modelo de Estado constitucional de direito. Nesse sentido, consultar: DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Derechos prestacionales e interés público. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 145-149.

humana. Esse é o entendimento de RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, para quem desde sempre os homens têm se organizado para questões de interesses comuns, quer locais, quer gerais; quer na defesa de interesses de coletividades profissionais, quer para gerir ou administrar interesses supraindividuais em geral.²⁰³

Por outro lado, ainda que se possa buscar a construção de uma noção de interesse público já na Antiguidade (sobretudo a partir da ideia de bem comum), como já abordado anteriormente, não se pode negar que a sua acentuada centralidade ocorre a partir do advento da Modernidade, associada às construções dos ideais relacionados ao Estado de direito, à separação de poderes, aos conceitos de interesses individuais (privados) e coletivos (públicos), em meio ao substrato político e filosófico do qual germinou o próprio Direito Administrativo moderno.²⁰⁴

Questão de inequívoca pertinência refere-se ao debate em torno do suposto caráter de validade universal do conceito de interesse público, que ostentaria uma noção geral e abstrata da qual seria possível extrair uma ideia de seu conteúdo e significação.²⁰⁵ Sobre o tema, cabe recordar o escólio de DALLARI, que há mais de duas décadas defendia a impossibilidade de uma “consideração genérica, prévia e universalmente válida do que seja o interesse público, revelando-se inevitável a avaliação pragmática do que é interesse público. Em cada

²⁰¹ Além do que já foi tratado anteriormente, quando da análise do conceito de bem comum no pensamento político ocidental, para um estudo da ideia de interesse público a partir da noção de bem comum, pode-se consultar: DI PIETRO, *O princípio da supremacia do interesse público...*, p. 86-91.

²⁰² Conforme já referido anteriormente, tem-se o artigo 103, 1 da Constituição espanhola de 1978, que dispõe como obrigação da Administração Pública servir com objetividade os interesses gerais. Nesse sentido, consultar: MEILÁN GIL, *Intereses generales e interés público...*, p. 65-88.

²⁰³ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *El interés general como...*, p. 35.

²⁰⁴ Além do que já foi tratado anteriormente, quando do debate acerca do nascimento do Direito Administrativo moderno, para uma análise crítica da gênese garantista do Direito Administrativo, consultar: OTERO, *Legalidade e Administración Pública...*, p. 269-282; SILVA, *O contencioso administrativo...*, p. 09-13; BINENBOJM, *Uma teoria do Direito Administrativo...*, p. 09-22. Para uma “crítica da crítica” e o afastamento das ideias de uma gênese autoritária do Direito Administrativo, consultar: GABARDO; HACHEM, *O suposto caráter autoritário...*, p. 155-201.

²⁰⁵ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *El interés general como...*, p. 36.

situação será indispensável fazer a verificação, uma vez que não há um interesse público válido universalmente”.²⁰⁶

Nada obstante, e partindo de uma peculiar concepção (estritamente normativa) de universalização, se presente a variável essencial de uma comunidade política fundada em um modelo de Estado constitucional e democrático de direito, parece possível defender um carácter universal e abstrato (mas, mesmo assim, não imutável e absoluto) do núcleo conceitual do interesse público, com base, v.g., em pautas assecuratórias comuns ao primado dos direitos humanos fundamentais, sobretudo a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. A universalidade do conceito de interesse público passaria, necessariamente, pelo reconhecimento da primazia dos direitos fundamentais, valores que devem ser colocados acima de quaisquer interesses ocasionais ou contingenciais, acima de quaisquer governos e de seus governantes, acima dos Estados e das próprias pessoas as quais se pretende defender.

Mas a ideia de universalidade do conceito de interesse público, aqui admitida em contornos assaz mitigados, em nada ilide a problemática relacionada à definição da autoridade legitimada para definir o seu conteúdo e significação. Partindo-se da premissa de que em um Estado constitucional de direito vigora o primado da Constituição como norma fundamental do sistema jurídico-político do Estado, não se pode conceber outra autoridade legítima para sua definição que não o Parlamento: enquanto legislador constituinte, a expressão da vontade soberana do povo, para aquelas questões relacionadas à esfera político-constitucional do interesse público; e como legislador infraconstitucional, para aquelas questões ligadas à perspectiva jurídico-administrativa do interesse público (primado da lei).²⁰⁷

²⁰⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. Interesse público na contratação das entidades da administração descentralizada. Suplemento Jurídico da Procuradoria Jurídica do Departamento de Estradas e Rodagem, São Paulo, ano 126, p. 09-15, jan./mar. 1987, p. 15.

²⁰⁷ Nesse sentido, na firme defesa do afastamento da Administração Pública das cercanias que entornam a definição dos interesses públicos, ANTUNES assim preleciona: “Se, portanto, a Administração encontra, na *realização* dos interesses públicos, o escopo da actividade administrativa (GIANNINI), parece difícil considerar que seja função da Administração proceder à *qualificação* do interesse público (primário). Se assim fosse, teríamos de admitir que é a própria Administração a decidir o objecto da sua actividade, iludindo o seu carácter instrumental em relação à concreção de um objectivo pré-constituído. Tal significaria uma relativização inadmissível do princípio da legalidade, a

De fato, o espaço legítimo e originário, por excelência, de definição dos valores e interesses aceitos como válidos em uma dada sociedade não é outro que não a sua Constituição e suas leis. No essencial, não compete à Administração decidir acerca dos interesses públicos, seus conteúdos, limites, meios e recursos necessários à concretização. Sua função é instrumental, de prossecução daqueles interesses já delineados pelo legislador constitucional ou ordinário.

Nesse sentido, em diversos casos a ordem constitucional inclusive define, plena e expressamente, a preponderância de determinado interesse sobre os demais (quer públicos, quer privados), como ocorre, v. g., no caso do artigo 5º, XXIV da Constituição Federal, que prevê a possibilidade de “*desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro*”, submetendo o interesse privado (particular/individual) ao interesse público (coletividade). Em outras situações, a Constituição acaba por prever uma ordem limitadora de um determinado direito ou interesse, mas transfere ao legislador ordinário a atribuição de estabelecer os contornos da referida limitação. Isso ocorre, v. g., quando o artigo 5º, XXIII da Constituição Federal determina que “*a propriedade atenderá a sua função social*”, sendo que o seu artigo 186 estabelece os requisitos pelos quais restaria cumprida a aludida função social da propriedade, mas deixa para a lei ordinária a fixação dos respectivos critérios e graus de exigência.

Quando a Constituição estabelece uma relação de prevalência de determinado direito ou interesse (nível da ponderação constitucional), não se pode admitir como legítima outra interpretação diversa daquela comprometida com a supremacia constitucional. Da mesma forma, ressalvados os casos de vícios de inconstitucionalidade ou de ponderação de princípios em relação concreta de conflito, há que se

caminho de uma escolha arbitrário-discrecional do interesse público pela Administração. Se à Administração compete a prossecução do interesse público normativamente predeterminado, não resta outra possibilidade que não seja a de reconhecer que compete ao *legislador* e, portanto, à *lei*, à luz de critérios constitucionais, avaliar e qualificar, em primeira mão, a relevância de uma necessidade colectiva intensa como susceptível de integrar a noção jurídica de interesse público.[...] importa esclarecer que, quando afirmamos que a qualificação do interesse público específico é obra do legislador, utilizamos esta expressão em sentido amplo. Esta tarefa está, no essencial, fora do alcance da Administração, cuja estranheidade permanece em relação à escolha do objecto e ao escopo da respectiva actividade”. ANTUNES, *O Direito Administrativo...*, p. 42-43.

reconhecer a prevalência vinculativa das escolhas políticas do órgão legislativo (nível da ponderação legislativa), sob pena, inclusive, de grave ofensa ao próprio princípio democrático e à legalidade administrativa.

Por outro lado, não há como desconsiderar (e isso parece insuprimível) os diversos casos de ausência de parâmetros normativos plenamente definitivos (prévia e conclusiva ponderação constitucional ou legislativa). Da mesma forma, torna-se necessário lembrar os traços comuns de complexidade e indeterminação normativa de certos conceitos jurídicos, além da acirrada disputa entre direitos e interesses que povoam uma ordem constitucional aberta e plural. Todas essas questões levam a reconhecer à Administração Pública uma função instrumental e supletiva de concretização dos conteúdos e conformação ponderativa dos limites da noção de interesse público. Uma atuação sempre vinculada aos parâmetros constitucionais e infraconstitucionais e à consecução otimizada dos direitos e interesses assegurados pela Constituição e pela ordem normativa infraconstitucional.

Mas estas dimensões supletivas e finalísticas jamais poderão ser legitimamente promovidas a partir de qualquer parâmetro vago, autoritário e apriorístico de supremacia do interesse público, e sim pela via de um agir administrativo fundado em critérios e parâmetros adequadamente justificáveis. Um modelo de ponderação proporcional de interesses, em que são levadas em consideração as circunstâncias e peculiaridades da situação concreta, com base em um processo público, transparente e dialógico de justificação das decisões estatais.

Isso assegura não somente o afastamento de uma justificação *a priori* das escolhas político-administrativas, com base em um totêmico, vazio e incontrolável parâmetro de supremacia do interesse público, impondo também a obrigação de a Administração Pública declinar todas as razões e justificativas de suas escolhas – o que antes vinha acobertado por um arremedo de justificação, baseado nas (tão famosas quanto ocas) “razões de interesse público”. Justificativas que passam a estar submetidas, do ponto de vista jurídico, ao pleno controle externo de legalidade e legitimidade constitucional, pelas instituições constitucionalmente unidas desta atribuição e, sobretudo, pelo controle político de toda a sociedade (controle social).

A superação da noção de supremacia do interesse público favorece e torna mais efetivo, inclusive, o próprio controle jurisdicional da atividade administrativa, uma vez que impõe ao juiz (guardião da Constituição e das leis) o dever de perquirir acerca da conformação constitucional ou legal das ações administrativas de prossecução do

interesse público (atividade submetida e vinculada à Constituição e às leis), mas agora com base em justificativas e motivações e não limitado ao quase intransponível dogma da prevalência apriorística do interesse público.

No Estado constitucional de direito, os interesses públicos não podem decorrer de uma necessária e constitutiva oposição aos interesses privados, pois é cada vez mais recorrente a relação de sobreposição entre “interesses públicos e privados”. Realmente, o conceito de interesse público confunde-se com os valores indisponíveis assegurados pela Constituição, sob o signo inafastável dos direitos fundamentais e da centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana (personalização da ordem constitucional). Não se deve, pois, buscar o interesse público (singular), mas os interesses públicos consagrados no texto constitucional, que inclusive podem apresentar-se entre si conflitantes (ou com outros interesses privados) na conformação do caso concreto, a exigir necessariamente uma adequada e sofisticada ponderação de valores, ainda que não imune a uma elevada dose de instabilidade e insegurança jurídico-política.

O certo é que a Constituição Federal já nasceu em potencial trabalho de parto, para dar vida a um novo Direito Administrativo, filho e súdito inescusável daquela ordem constitucional renovadora, plenamente submetido aos vivificadores mandamentos que gravitam na órbita dos direitos fundamentais e do primado da dignidade humana. Nesse sentido, urge o debate em torno do tradicional princípio da supremacia do interesse público como a pedra de toque do Direito Administrativo, sua desconstrução ou reconstrução, o que será a tônica do próximo capítulo.

3 DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR À PONDERAÇÃO DE INTERESSES

Algumas das análises empreendidas no capítulo anterior permitem considerar que, assim como a noção jurídica de interesse público é sobremaneira influenciada por fatores políticos, sociais e econômicos, que estão na raiz da construção dos cambiantes modelos de Estado moderno, a pendular relação binomial autoridade/liberdade já esteve claramente acirrada na direção do primado do Estado como guardião e reitor máximo daqueles interesses públicos tutelados. Mas agora se desloca vivamente para o cidadão, a partir da personalização da ordem constitucional, do primado da dignidade humana e da prevalência dos direitos fundamentais. Este é o traço essencial do próprio modelo de Estado constitucional de direito, o que influencia diretamente na construção de um regime jurídico administrativo²⁰⁸ capaz de dialogar com esta nova estrutura político-normativa.

Se admitida esta relação bipolar autoridade/liberdade como uma noção radical e mesmo genética do Direito Administrativo, enquanto ramo jurídico autônomo e especial, ganha especial relevo o debate sobre os fatores e conjunturas que determinam (ou contribuem para) a oscilação dessa pendular polarização autoridade/liberdade, ou para ser mais direto, dessa multifária e complexa relação Estado/cidadão.

Com efeito, a peculiar perspectiva do deslocamento da ordem constitucional para um epicentro personalista, fundado no primado da dignidade humana e na prevalência dos direitos fundamentais, deve ser o farol a indicar o caminho a esse (necessariamente) renovado regime jurídico administrativo, ainda cambiante e em movimento de (re)construção.²⁰⁹

²⁰⁸ As noções de sistema jurídico e de regime jurídico administrativo serão apresentadas no subitem 3.3.1 do capítulo terceiro. Apenas para adiantar, nos limites do presente trabalho, a ideia de regime jurídico adotada é tributária do difundido conceito de sistema jurídico de Claus-Wilhelm CANARIS, fundado nas noções de adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica. Para estudos complementares: CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito. Tradução de António Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 12-22; FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Conceito de sistema no Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 126-130.

²⁰⁹ Ainda que não para concordar integralmente com essa nova ordem jurídico-administrativa, a doutrina jusadministrativista (por assim dizer) tradicional admite a centralidade da pessoa humana nesse novo regime jurídico

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O delineamento dos contornos do regime jurídico administrativo, em um conjunto ordenado e coerente de normas jurídicas, ostenta invulgar e inegável relevância, porquanto afeto à própria conformação do Direito Administrativo enquanto disciplina jurídica autônoma. Na abordagem desta problemática, a partir de uma matriz publicista tradicional ao qual o Direito Administrativo ainda está visceralmente ligado, MELLO defende a clássica doutrina pela qual o regime administrativo estaria fundado na “consagração de dois princípios: *a) supremacia do interesse público sobre o privado; b) indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos*”.²¹⁰

A clássica teoria da supremacia do interesse público, que no Brasil vem sendo reproduzida há décadas, de maneira quase automática e sem maiores contestações críticas, será aqui identificado como o *paradigma tradicional*²¹¹. Neste quadrante, segundo a difundida

administrativo. Por conseguinte, seguem as palavras de DI PIETRO: “Tudo isso se diz para demonstrar que o binômio autoridade/liberdade continua presente no direito administrativo. A tão falada centralidade da pessoa humana tem sido valorizada, com razão, até por força de norma constitucional. Mas não há como acabar com algumas prerrogativas da Administração Pública, simplesmente porque não há como igualar o cidadão com os entes que personificam o poder do Estado. Mesmo nos sistemas jurídicos que não adotam alguns dos institutos próprios do direito administrativo do sistema europeu continental, as prerrogativas públicas estão presentes, como ocorre em relação aos contratos celebrados pela Administração, ainda que o sejam no regime jurídico de direito privado”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: existe um novo Direito Administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 07.

²¹⁰ MELLO, *Curso de Direito Administrativo*..., p. 45.

²¹¹ Importa esclarecer que a noção de *paradigma* empregada é aquela que remonta à célebre obra do filósofo Thomas Samuel KUHN “*A Estrutura das Revoluções Científicas*”, aqui deslocada para o ramo das ciências sociais. Segundo KUHN, existiriam determinadas formas e parâmetros de se entender a ciência, que se afirmariam enquanto paradigmas por um determinado período de tempo, definindo o objeto de análise, as questões relevantes a serem apontadas e as respectivas respostas e suas interpretações e consequências, definindo os contornos de determinado modelo científico. Mas, nesse paradigma científico, pode ocorrer que determinadas questões fiquem sem uma resposta satisfatória ou recebam soluções anômalas, o que pode acarretar uma espécie de *crise do*

doutrina de MELLO, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular é qualificado como “verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público”. Nele sustenta-se a “superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último”.²¹² Mas o administrativista pátrio adverte que as prerrogativas e privilégios decorrentes da supremacia do interesse público somente deveriam ser aplicados na exata consecução do interesse público. Não para satisfazer interesses ou conveniências do aparelho estatal ou dos seus agentes, o que tornaria ilegítima a atividade administrativa.

Desse modo, o publicista pátrio retoma a célebre diferenciação alessiana entre interesses públicos primários e interesses públicos secundários, para defender que aqueles não podem ser confundidos com os interesses do Estado, do aparelho da Administração burocrática ou do erário, sendo que “os interesse secundários do Estado só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os interesses primários, isto é, com os interesses públicos propriamente ditos”.²¹³

Nada obstante, a teoria que funda o regime jurídico administrativo sob o *paradigma tradicional* do princípio da supremacia do interesse público (*teoria da supremacia*), embora de inegável respaldo e corrente difusão doutrinária, não parece sustentável. Isto se levados a sério os vetores basilares da Constituição Federal e do atual Estado constitucional de direito, sobremaneira assentados na centralidade da pessoa humana, na prevalência dos direitos fundamentais e no modelo de ponderação proporcional de interesses, aqui designados por *paradigma emergente*.²¹⁴

paradigma vigente, com a construção de novas teorias destinadas a remodelar o objeto e os parâmetros daquelas respostas insatisfatórias. Quando as teorias de contestação acabam por se consolidar, enquanto modelo científico, ocorre a chamada *mudança de paradigma*, com uma nova concepção acerca daquele objeto científico. Nesse sentido: KUHN, Thomas Samuel. A estrutura das revoluções científicas. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003. Neste mesmo sentido: BINENBOJM, *Uma teoria do Direito Administrativo...*, p. 26-29.

²¹² MELLO, *Curso de Direito Administrativo...*, p. 58.

²¹³ *Ibidem*, p. 56.

²¹⁴ A expressão *paradigma emergente* é aqui empregada em um sentido aproximado àquele conferido pela teoria de Boaventura de Sousa SANTOS, quando o sociólogo português sugere a emergência de um processo de transformação paradigmática, no que toca ao fazer científico, a partir de um

Neste quadrante insere-se o presente capítulo, quando serão apresentadas as linhas gerais de justificação do paradigma tradicional da teoria da supremacia, seguindo-se as críticas acerca sob vários aspectos, que demonstram a sua incongruência e inadequação para responder à problemática contemporânea. Sobreleva a necessidade e a urgência na construção de um novo paradigma, o paradigma emergente do Direito Administrativo. Estes os contornos do debate que será travado a seguir.

3.2 O PARADIGMA TRADICIONAL DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR E SEUS FUNDAMENTOS

A noção-chave da teoria da supremacia do interesse público pode ser recuperada naquela originária concepção de desequilíbrio e desigualdade jurídico-política entre o Estado e os cidadãos, justificada a partir da prevalência do interesse geral (público) sobre as aspirações individuais (privadas). Por isso, o aparato estatal deveria estar ungido por um regime de prerrogativas e sujeições, necessários à fiel consecução das suas finalidades.

Nesse sentido, assim parecia ser o pensamento de Hely Lopes MEIRELLES, para quem a tônica daquela desigualdade originária entre o Estado e os administrados (na conhecida linguagem do autor) estaria assentada na “supremacia do Poder Público sobre os cidadãos, dada a prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais”.²¹⁵

3.2.1 A construção histórica da noção de supremacia do interesse público

A doutrina que relaciona as raízes da teoria da supremacia ao surgimento oitocentista do Direito Administrativo, enquanto disciplina autônoma e especial, derogatória do Direito Comum, não é

novo paradigma, não apenas científico, mas também (sobretudo) de cunho social e emancipatório. Nesse sentido: SANTOS, Boaventura de Sousa. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2000. No mesmo sentido aqui empregado, consultar: LIMA, Gabriel de Araújo. Teoria da supremacia do interesse público: crise, contradições e incompatibilidade de seus fundamentos com a Constituição Federal. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, p. 123-153, abr./jun. 2009, p. 127.

²¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 108-109.

compartilhada por Maria Sylvia Zanella DI PIETRO. Para ela, as bases dessa teoria da supremacia seriam muito mais ancestrais e remontariam à própria concepção aristotélica de que o todo vem antes das partes (concepção organicista),²¹⁶ pelo que a totalidade teria fins não reduzíveis ao somatório dos fins dos membros singulares que a compõem e o bem da totalidade.²¹⁷

Na mesma senda, a administrativista pátria procura relacionar a noção de supremacia do interesse público com a ideia tomista de bem comum, pela qual o homem (ser social) procuraria não somente o seu bem, mas também aquele do grupo a que pertence, cabendo ao Estado perseguir o bem comum, aquilo que justifica a própria reunião da comunidade política. Segundo adverte DI PIETRO, esta noção de bem comum vinculada a um contexto de solidariedade social sofreria um profundo abalo com o triunfo do individualismo e das teses contratualistas e liberais do século XVIII, que teve seu ápice com a Revolução Francesa.²¹⁸

Por outro lado, apesar de impregnado dos ventos liberal-individualistas do século XVIII, o nascente Direito Administrativo teria realmente surgido com claros “traços de autoritarismo, de supremacia sobre o indivíduo, com vistas à consecução de fins de interesse público”. Mas a noção de supremacia do interesse público sobre o particular somente ganharia forte envergadura e efetiva conformação com a recuperação da centralidade da ideia de bem comum (influenciado pela Doutrina Social da Igreja), já no período do Estado social de direito. Um modelo marcado pelo agigantamento do aparato e da atuação estatal em todos os setores, “com o objetivo de corrigir a profunda desigualdade social gerada pelo liberalismo”.²¹⁹

Ainda que sofisticada esta recuperação política e histórico-evolutiva, não parece que seja possível cogitar propriamente de uma

²¹⁶ O debate acerca da concepção organicista de interesse público e sua incompatibilidade com a ordem constitucional brasileira será retomado abaixo. Sobre o tema, consultar: SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: _____. Interesses públicos *versus* interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 52-58.

²¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público. Revista Interesse Público, Belo Horizonte, ano 11, n. 56, p. 35-54, jul./ago. 2009, p. 36.

²¹⁸ DI PIETRO, *Discrecionalidade administrativa...*, p. 211.

²¹⁹ DI PIETRO, *O princípio da supremacia do interesse público...*, p. 42.

ideia de supremacia do interesse público sobre o privado, com os contornos conferidos pelo chamado paradigma tradicional, antes do advento do próprio Direito Administrativo moderno. Na forma como está posto pelo paradigma tradicional, o terreno fértil para a teoria da supremacia foi mesmo aquele período de transição entre o Estado liberal-abstencionista e o Estado social de direito.²²⁰

Conforme visto alhures,²²¹ é seguro que se possa reconstruir (o que parece inequívoco) uma genealogia aristotélico-tomista de bem comum como raiz política ancestral do moderno conceito de interesse público, e até quicá uma ideia de primado do público. Mas disto não se retira que uma noção jurídica (mais ou menos estável e acabada) de supremacia do interesse público tenha atravessado a História da Humanidade no Ocidente. Até porque a histórica noção de bem comum guarda contornos político-filosóficos consideravelmente diversos daqueles da moderna teoria jurídico-política da supremacia, sobretudo nos moldes consagrados já às portas do regime administrativo comum ao Estado social de direito, marcada por um modelo de Estado prestacionista e intervencionistas sem precedentes históricos comparativos.

De fato, a noção jurídica de supremacia do interesse público sobre o privado decorre da construção do Direito Administrativo sob o signo da autoridade. Mais do que uma disciplina normativa de defesa da liberdade do indivíduo em relação ao Estado e de instrumento de limitação dos poderes estatais, já na sua origem o moderno Direito Público foi forjado sob o pálio da autoridade, com a construção de um regime normativo derogatório do Direito Comum e fundado em prerrogativas em muito aniquiladoras do primado da igualdade das relações jurídicas (gênese autoritária).

Esta genética autoritária vinha justificada a partir da ideia de imperiosa necessidade para o cumprimento das finalidades do Estado liberal-abstencionista (garantia das liberdades individuais instrumentais à tutela do bem-estar geral). Porém, da construção do Estado social de direito, com a notável ampliação das finalidades materiais do aparato estatal, resultou a correspondente hipertrofia da teoria da supremacia. Consolidado o Estado como o tutor máximo e absoluto do interesse

²²⁰ Este parece também ser o pensamento de BOBBIO. Nesse sentido: BOBBIO, *Estado, governo, sociedade...*, p. 25.

²²¹ No capítulo primeiro, sobretudo nos subitens 1.2.1 e 1.2.2, há uma breve recuperação política do conceito de bem comum, a partir da filosofia aristotélico-tomista.

público, com a exponencial ampliação das suas finalidades prestacionistas, consequentemente, a noção de supremacia do interesse público sobre o particular também se agigantou, tomando feições de síntese fundamental e verdadeira pedra de toque de todo o moderno Direito Público.

Inclusive, esta vinculação da teoria da supremacia à construção e consolidação do Estado social de direito induz parte da doutrina a uma postura de defesa apaixonada da teoria da supremacia, pensando que assim defende um modelo social e democrático de Estado. Na verdade, uma atenta e realista análise da teoria da supremacia e do Estado social de direito jamais admitirá os avanços do Estado social como relacionados, ainda que indiretamente, à teoria da supremacia, ou mesmo que esta tenha destacado relevo instrumental à consecução daquele.

Realmente, a aplicação do princípio da supremacia do interesse público não tem lugar destacado na teoria do Estado e na política, como justificativa instrumental à ampliação de direitos sociais e coletivos. A justificação dessas políticas prestacionistas sempre foi construída com base em uma sutil e instável composição de interesses entre as classes de comando (político e econômico) e as massas. A teoria da supremacia sempre foi mais usada, isso sim, como princípio de plantão, a justificar aquelas “práticas injustificáveis” do Estado, a evitar o constrangimento e o controle político e jurídico-judicial de setores da classe estatal dirigente e seus infiltrados, a conferir uma aparente racionalidade jurídica a desmandos estatais (quase sempre) setorizados e pouco, ou quase nada, relacionados a razões (pautas) de efetivo interesse público.

Mas é recorrente, porém, o pensamento que leva parte da doutrina a qualificar (ou desqualificar, de forma aparentemente pejorativa) as teorias do chamado paradigma emergente como concepções neoliberais, na medida em que estariam comprometidas com o retorno do primado das liberdades individuais e com o abrandamento daquela noção de bem comum que fundamenta o modelo de Estado social e democrático de direito. DI PIETRO, que vê nessas teorias do paradigma emergente claros contornos de neoliberalismo, chega a dizer que essas teorias críticas partem de uma dimensão de supremacia do interesse público que “jamais teve aplicação. Exagera-se o seu sentido, para depois combatê-lo, muitas vezes de forma inconsequente, irresponsável e sob falsos pretextos”.²²²

²²² DI PIETRO, *O princípio da supremacia do interesse público...*, p. 45.

Mais abaixo serão retomadas essas questões. Mas convém ressaltar, desde logo, que a crítica ao paradigma emergente, taxado de neoliberal e inconciliável ao modelo de Estado social e democrático de direito, não encontra sustentação nem política e nem filosófica. Ainda que fundamentadas e fruto das melhores intenções de seus defensores, não são estas as bases políticas ou filosóficas do paradigma emergente, que está sim fundado em uma matriz claramente personalista, centrada na dignidade humana e na defesa dos direitos fundamentais (individuais e coletivos).

Totalmente diferente deste paradigma personalista, as teorias de matriz neoliberal sempre se mostraram muito mais preocupadas com a defesa do capital (liberdade de mercado) do que com as liberdades individuais do sujeito, relegando um enorme e numeroso universo de pessoas (camada mais pobre e humilde) a uma inequívoca condição de abandono e derrota humanista.

Mas vale insistir que, conforme advertido acima, não há como relacionar e (muito menos) atribuir quase que romanticamente os avanços do Estado social na concretização dos direitos sociais ao paradigma tradicional da teoria da supremacia. Mormente no Brasil, onde a *práxis*²²³ da noção de supremacia do interesse público jamais esteve efetivamente empregada na promoção ou proteção dos “valores da democracia, da república, da legalidade e/ou do Estado Social”.²²⁴

3.2.2 A construção jurídica do princípio da supremacia do interesse público

Partindo agora para o debate de contornos mais jurídicos, segundo a doutrina de MELLO, a supremacia do interesse público sobre o privado ostentaria legítimo *status* constitucional de princípio implícito da Constituição Federal, podendo ser dela extraído enquanto decorrência direta do Estado de direito e do próprio sistema constitucional como um

²²³ A ideia de *práxis* aqui mencionada é aquela oferecida por Leandro KONDER, no sentido entender a prática e a teoria como interligadas (interdependentes). A teoria como um momento necessário da *práxis*, que para se tornar mais humana, precisa ser promovida por um sujeito mais livre e mais consciente. Isso permite reconhecer que é a atividade que precisa da teoria. Sobre o tema, consultar: KONDER, Leandro. O futuro da filosofia da práxis: o pensamento de Marx no século XXI. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 115-116.

²²⁴ LIMA, *Teoria da supremacia do interesse público...*, p. 130.

todo, transparecendo um caráter universal e representando um “princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade”.²²⁵

Mais do que isso: na verdade, a teoria da supremacia alcança uma condição de princípio constitucional “diferenciado”. Mas por que diferenciado? Porque, conforme já dito, a supremacia do interesse público é apresentada e difundida como “verdadeiro axioma” do Direito Público, uma proposição normativa autoevidente e aceita por todos, inclusive não sujeita ao debate jurídico ou qualquer tipo de argumentação demonstrativa.

Conquanto respeitável e amplamente difundida, parece claro que essa teoria da supremacia enquanto axioma (dogma) ressoa muito mais retórica do que normativa, revelando-se de sentido jurídico bastante rarefeito. Aliás, ainda que pareça contraditório, pelo visto a única forma de aceitação da validade desse fundamento axiomático da prevalência abstrata e apriorística do interesse público seria a existência de uma norma constitucional expressa. Mas isso não ocorre na atual ordem constitucional, pois uma norma com este conteúdo traria um elevadíssimo *deficit* de coerência lógica e concordância interna ao sistema constitucional, sobretudo na relação com o princípio da dignidade humana e a teoria dos direitos fundamentais. Porém, é certo que, se expressamente normatizado na Constituição, não seria necessário recorrer à retórica axiomática, deslocando-se a problemática para o campo da hermenêutica constitucional.

Malgrado a inexistência de uma norma (regra ou princípio) expressa que assegure a supremacia abstrata do interesse público sobre o particular, poder-se-ia defender o seu *status* constitucional como uma norma implícita, decorrente da própria ordem jurídico-constitucional, não mais sob aquela qualificação axiomática. Esta empreitada é assumida por Fábio Medina OSÓRIO, para quem haveria na Constituição Federal um princípio implícito da supremacia do interesse público. Tal princípio estaria assentado na existência de uma série de dispositivos constitucionais que protegem vários bens coletivos e restringem direitos individuais, o que legitimaria o regime de normas de privilégio conferido à Administração Pública para a consecução de seus fins.²²⁶

²²⁵ MELLO, *Curso de Direito Administrativo...*, p. 95-96.

²²⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro? *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 220, p. 69-107, 2000, p. 87-91.

Nada obstante a bem empenhada argumentação, não parece que seja possível extrair da Constituição Federal uma norma (regra ou princípio) que assegure a prevalência abstrata do interesse público sobre o particular. Ademais, não se pode admitir como válida a tese de que o conjunto de prerrogativas/privilégios da Administração Pública possa ser, *a priori*, legitimado a partir de uma noção (assim pouco subsistente) de supremacia do interesse público. Isso dependerá sim do conjunto de normas (regras e princípios) constitucionais e infraconstitucionais vigentes, aplicados segundo aqueles parâmetros e critérios consagrados pela hermenêutica contemporânea.

3.2.3 Os fundamentos da corrente reconstrutivista do princípio da supremacia do interesse público

Mesmo que ainda sob os auspícios do paradigma tradicional da teoria da supremacia, quando OSÓRIO sustentava, em 2000, a existência de um princípio constitucional implícito de supremacia do interesse público, já não o fazia naqueles exatos contornos da doutrina clássica, mas a partir de um primeiro ensaio reconstrutivista de seus pressupostos e limites teóricos. A partir de uma concepção de interesse público como um valor direcionador da Administração Pública, naquela oportunidade o autor já reconhecia a incompatibilidade de um princípio de prevalência radical e apriorística do interesse público, determinante da invariável e absoluta preponderância de interesses públicos em detrimento de interesses privados. Deixava, inclusive, o alerta de que um princípio de prevalência, assim concebido, seria impensável se contrastado com o conjunto de garantias e direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal.²²⁷

Anos mais tarde, precisamente em 2005, a revisão reconstrutivista da teoria da supremacia foi retomada por BARROSO, com base em uma versão fraca do princípio,²²⁸ partindo do resgate da distinção alessiana do interesse público em primário e secundário: aquele como a razão de ser do Estado e a síntese das finalidades que a ele cabe promover (justiça, segurança e bem-estar social); este descrito como o interesse da pessoa jurídica de Direito Público parte de uma determinada relação jurídica. Desta forma, somente o interesse público primário é que desfrutaria de supremacia (*prima facie*), porquanto não

²²⁷ Ibidem, p. 65-66.

²²⁸ A expressão é de BINENBOJM. Nesse sentido: BINENBOJM, *Uma teoria do Direito Administrativo...*, p. 101.

seria passível de ponderação, funcionando ele próprio como parâmetro de ponderação. Por outro lado, jamais seria possível atribuir supremacia (abstrata) ao interesse público secundário sobre o interesse particular, uma colisão que deverá ser solucionada a partir da ponderação entre os interesses em conflito, com base nas circunstâncias fáticas e jurídicas existentes.²²⁹

Para amparar sua proposição, BARROSO reconstrói a definição de interesse público a partir da conciliação constitucionalizada entre interesses coletivos e individuais, verdadeira pauta de conformação de todas as relações jurídicas e sociais (dos particulares entre si, deles com as pessoas de Direito Público e destas entre si). O interesse público primário consistiria “na melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao intérprete cabe preservar ou promover”.²³⁰

Mas mesmo esta versão fraca da teoria da supremacia também não está imune a críticas de envergadura. Primeiro, do ponto de vista jurídico-normativo, há que se questionar acerca da utilidade conceitual de uma noção de interesse público assim abrangente e totalizante. Também, convém ressaltar que esta definição abandona aquela teoria da prevalência abstrata e apriorística, sendo que agora o interesse público primário somente seria revelado após um exercício (juízo, arbitramento) de ponderação concreta entre interesses individuais e coletivos, a partir dos elementos fáticos e normativos reveladores do interesse preponderante. Mas, neste caso, não haveria qualquer justificativa lógica na existência de um princípio que, em outras palavras, dissesse que o que prepondera preponderará!

Nesta quadra, parece correta a crítica de BINENBOJM quando afirma preferir a ponderação proporcional como parâmetro definidor do interesse público *in concreto*, pois um “princípio que se presta a afirmar que *o que há de prevalecer sempre prevalecerá* não é um princípio, mas uma tautologia”. De fato, o “problema teórico verdadeiro, para o direito administrativo, não é a prevalência, mas o conteúdo do que deve prevalecer”.²³¹

Outra tentativa de reconstrução do princípio da supremacia do interesse público, também sobre bases mais flexíveis do paradigma tradicional, vem proposta por Alice Gonzales BORGES, que, a exemplo de MELLO e BARROSO, parte da noção alessiana de interesse público

²²⁹ BARROSO, *Prefácio...*, p. xiii-xv.

²³⁰ Ibidem, p. xvi.

²³¹ BINENBOJM, *Uma teoria do Direito Administrativo...*, p. 102.

primário. Para levar a cabo seu intento reconstrutivista, apresenta uma peculiar (para não dizer complicada) noção de interesse público, profundamente vinculado a aspectos quantitativos comuns a um genuíno princípio majoritário (regra da maioria).²³² Defende que em um Estado democrático não se pode entender pela imposição coativa do interesse público sobre o individual, mas pela sua predominância enquanto interesse majoritário. Interesses públicos e privados conflitantes ou não coincidentes seriam qualitativamente iguais e respeitados, havendo a natural preponderância do interesse público majoritário, que nada mais seria do que um interesse individual coincidente com o da maioria dos

²³² A título ilustrativo, ainda que a sua preocupação seja voltada à justificação judicial dos casos difíceis (teoria da argumentação jurídica), o jurista finlandês Aulis AARNIO oferece interessantes reflexões sobre o princípio majoritário, a partir da sua difundida noção de Comunidade Jurídica I e II. A *Comunidade Jurídica II* seria um conceito ideal, semelhante ao famoso Juiz Hércules dworkiniano, usado para medir a racionalidade da interpretação jurídica, já que “nela se refletem de maneira mais clara as relações entre o Direito, a sociedade, as questões morais e políticas, e em torno delas giram as expectativas sociais de certeza e segurança jurídica”. Por conseguinte, a *Comunidade Jurídica I* seria formada por todos os juristas profissionais e as demais pessoas envolvidas com os assuntos jurídicos, portanto, um auditório concreto que existe na prática jurídica, ao passo que a *Comunidade Jurídica II* seria formada por todos aqueles que se comprometam com as regra e princípios da racionalidade discursiva (auditório ideal). Assim, para tentar resolver o problema dos casos difíceis e da pluralidade de soluções corretas, AARNIO sustenta que uma das possíveis soluções seria o recurso ao princípio da maioria, situação em que uma decisão justificada por razões apropriadas, em última análise, seria aquela apoiada pela maioria da *Comunidade Jurídica II*. Mas esse princípio majoritário é dosado por um caráter contrafático – exige-se a legitimação por meio de um procedimento racional ideal, que respeite todas as regras e exigências da racionalidade discursiva, o que impõe sejam levadas em consideração as opiniões das minorias nos processos de tomada de decisão, até porque o que deve prevalecer nessa sociedade ideal é a força do melhor argumento. Nesse sentido: AARNIO, Aulis. Derecho, racionalidad y comunicación social: ensayos sobre Filosofía del Derecho. México: Fontamara, 1995, p. 62; AARNIO, Aulis. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. Traducción de Josep Aguiló Regla. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 8, p. 23-38, 1990, p. 33-38. Para maiores estudos sobre a teoria de AARNIO e sua ideia de resposta correta para os casos difíceis, consultar: CRISTÓVAM, *Colisões entre princípios...*, p. 261-265; DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. A justificação do Direito e a sua adequação social: uma abordagem a partir da teoria de Aulis Aarnio. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

membros da sociedade. Portanto, quando alijado ou substituído um direito individual como resultado da prevalência de um interesse público, aquele deve ser “compensado pela perda de seus direitos e interesses, mediante sua equitativa conversão em outro valor equivalente”.²³³

Na verdade, BORGES sustenta a ideia de que entre interesses públicos e privados não existiria qualquer distinção qualitativa de grau (superioridade), mas somente quantitativa (interesse público majoritário). Os interesses particulares figurariam como uma dimensão do interesse público, muitos deles, inclusive, no seu mais elevado grau possível, porquanto correspondentes a direitos fundamentais do indivíduo. Assim, define interesse público como “o somatório de interesses individuais coincidentes em torno de um bem da vida que lhes significa um valor, proveito ou utilidade de ordem moral ou material, que cada pessoa deseja adquirir, conservar ou manter em sua própria esfera de valores”.²³⁴

Sob tais balizas, a administrativista pátria sustenta a manutenção/reconstrução do princípio da supremacia do interesse público, mas remete sua concretização a um procedimento de ponderação racional (proporcionalidade), entre os interesses acaso conflitantes, de modo a assegurar “uma solução ótima, na qual cada um deles obtenha a maior realização possível”. Segundo defende, quando o Direito Administrativo erige na supremacia do interesse público – enquanto “habitual (*mas não absoluta, nem eterna*) prevalência do querer valorativo *majoritário* dos interesses da sociedade – o (único) fundamento e justificativa para o exercício das chamadas prerrogativas de potestade pública, é para manter o mínimo de estabilidade e ordem necessária para a vida em sociedade”.²³⁵

Outra interessante proposta reconstrutivista é trazida por Iuri Mattos de CARVALHO, para quem o princípio da supremacia do interesse público, dissociado dos interesses estatais, jamais se prestaria a justificar atos abusivos do Estado, pelo que deveria haver cuidado com uma proposta desconstrutivista, que “ao invés de um avanço na direção de uma Administração Pública mais democrática poderia servir de

²³³ BORGES, Alice Gonzales. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? Revista de Direito do Estado, ano 1, n. 3, p. 137-153, jul./set. 2006, p. 142-144.

²³⁴ Ibidem, p. 143.

²³⁵ Ibidem, p. 152-153.

justificação jurídica para a colonização do interesse público por interesses privados”.²³⁶

Firme no entendimento de que um conceito de interesse público adequado ao “pluralismo da sociedade contemporânea precisa revelar a multiplicidade de interesses que devem ser levados em consideração, pelo agente público, no exercício da competência discricionária”, CARVALHO sustenta que o conceito de interesse deve ser redefinido a partir do compromisso e da vinculação da Administração Pública com a satisfação dos direitos fundamentais. Uma noção de interesse público não descolado da sua perspectiva histórica (relatividade) e nem apriorística e abstratamente aferível. Interesse público como o resultado de um procedimento vinculado à concretização dos direitos fundamentais, o “resultado do procedimento de determinação da medida administrativa que melhor atenda a realização dos direitos fundamentais (interesses coletivos e direitos individuais), levando-se em consideração o caso concreto”.²³⁷

Deste modo, a pauta de aferição do interesse público, enquanto resultado de um procedimento de realização dos direitos fundamentais (individuais e coletivos), estaria fundada em um modelo racional-ponderacionista, a partir dos contornos da proporcionalidade. Como consequência, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado seria relegado a uma perspectiva exclusivamente formal. Uma sensível reconfiguração daqueles seus primevos contornos de princípio de precedência abstrata e apriorística, agora definido como normas de atribuição de competência “para a Administração Pública constituir obrigações ou alterar relações jurídicas por meio de ato unilateral, que devem ser respeitados na maior medida possível, levando-se em consideração as circunstâncias fáticas e jurídicas”.²³⁸

Com efeito, as propostas reconstrutivistas de BORGES e CARVALHO são sedutoras e efetivamente avançam em alguns aspectos. Ambas têm pontos de intersecção, sobretudo quando afirmam a prevalência dos direitos fundamentais, ainda que BORGES reconduza os direitos fundamentais a sua própria noção totalizante de interesse

²³⁶ CARVALHO, Iuri Mattos de. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: parâmetros para uma reconstrução. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n. 16, p. 01-15, mai./ago. 2007, p. 02. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/supremacia_do_interesse_p%C3%BAblic_iuri_carvalho.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2014.

²³⁷ Ibidem, p. 08-09.

²³⁸ Ibidem, p. 11-14.

público. Outra contribuição importante vem da flexibilização do estático e endurecido coração do paradigma tradicional, com o reconhecimento da centralidade de uma teoria ponderacionista comum ao paradigma emergente. Mas o fazem, lamentavelmente, mantendo variadas e insuprimíveis incongruências.

Não se pode esquecer que, quando há uma autêntica crise de paradigmas, é sobremaneira difícil buscar uma via de conciliação intermediária, a partir da congregação daquelas duas dimensões teoricamente conflitantes, sem que disso decorram algumas indesejáveis anomalias e efeitos colaterais (incoerências). Em outras palavras, para lembrar aquela máxima do Evangelho de JESUS CRISTO, não se pode servir a dois senhores.²³⁹ Há aqui uma regra inescapável: para o novo nascer em plenitude, o velho terá que ser descontinuado e superado.

Uma primeira objeção que pode ser dirigida àquela proposta reconstrutivista de BORGES refere-se ao seu próprio conceito de interesse público, enquanto interesse majoritário decorrente do somatório dos interesses individuais, que nele encontrariam a projeção de suas próprias aspirações. Aqui voltam todas aquelas conhecidas críticas ao recurso à regra da maioria e ao primado dos acordos majoritários formados no seio da comunidade política. A crítica decorre do seu radical *deficit* de legitimação democrática, forjado quase sempre a partir do desrespeito às minorias e seus interesses, como são radicais exemplos os nefastos resultados registrados pela recente História da Humanidade (Stalinismo, Nazismo, Fascismo etc.). Isso sem contar a profunda dificuldade de estabelecer um princípio majoritário, quer ideal-objetivo quer pragmático, como fator de solução de conflitos entre princípios, valores ou interesses contrapostos.²⁴⁰

²³⁹ Do Evangelho segundo São MATEUS, capítulo 6, versículo 24: “Ninguém pode servir a dois senhores; porque ou há de odiar um e amar o outro, ou se dedicará a um e desprezará o outro. Não podeis servir a Deus e às riquezas” (Mt 6, 24). MATEUS. In: A BÍBLIA SAGRADA. Tradução ecumênica. São Paulo: Paulinas, 2002.

²⁴⁰ De fato, não se pode negar a enorme dificuldade de estabelecer, no discurso jurídico contemporâneo, as bases para um modelo de princípio majoritário, como critério racional de ponderação entre interesses contrapostos. Aqui, interessa considerar a ideia de que o consenso comunitário (estabilidade social), fático ou ideal, é o que se busca em uma sociedade dinâmica, aberta, complexa e plural como a brasileira, que tem seus valores, princípios e interesses fundados em uma ordem constitucional ainda em construção cultural, política e jurídica. Nesse sentido, embora esteja a discutir a problemática dos critérios para alcançar a decisão judicial razoável dos casos de conflitos entre princípios

Situação um pouco menos traumática decorre da noção de interesse público proposta por CARVALHO, como resultado do procedimento de ponderação de direitos fundamentais (interesses individuais e coletivos contrapostos). Mesmo assim, disso resultam semelhantes objeções, por conta do nítido caráter totalizante (político-axiológico) da ideia de interesse público como resultado de um procedimento de concretização de direitos fundamentais, sem uma adequada preocupação em estabelecer um conceito de interesse público submetido a uma perspectiva jurídico-normativa.

Mas há outro ponto que reclama reflexão, o fato de essa noção de interesse público ser funcional e não conceitual. Procura mais explicar como a Administração Pública chegaria a uma decisão adequada (concretização de direitos fundamentais contrapostos) e não, propriamente, oferecer um conceito objetivo de interesse público compatível com a teoria da supremacia do interesse público.

Outra objeção, ainda sobre a proposta conceitual de interesse público de BORGES, mas que por outras vias serve também à proposta funcionalista de CARVALHO, relaciona-se à rarefeita utilidade de um conceito de interesse público que não reconheça qualquer diferenciação qualitativa com o interesse privado. Ora, se a proposta de BORGES foi bem entendida, o interesse público decorreria da conjugação dos interesses individuais, a partir de um critério majoritário. Nesse sentido totalizante, em última análise, tudo seria assim qualificado, na medida em que o interesse individual nada mais representaria do que o interesse público potencialmente elegível pelo critério majoritário. Mas qual o resultado de um conceito assim abrangente, que não o de submeter todos os direitos e interesses privados a uma instável e (na prática) estatalizada

(casos difíceis), sustenta o jusfilósofo espanhol Manuel ATIENZA que o recurso ao *argumento majoritário* (regra da maioria), embora passível de aplicação, acarreta alguns sérios problemas. Primeiro, importa saber o que se deve entender por comunidade? O tribunal que deve decidir o caso, os tribunais de um país, a doutrina, a população diretamente afetada pela decisão, o conjunto da sociedade? Trazendo para o centro do debate aqui travado, a Administração Pública é quem deve decidir em concreto qual interesse prepondera? Na prática, podem surgir (e surgem) diversos acordos majoritários contrapostos entre si (interesses em conflito). Segundo, não se pode identificar de plano “opinião razoável” com “opinião majoritária”, sendo temerária e até desarrazoada a exclusão *a priori* de uma decisão alinhada com o consenso fático minoritário. Nesse sentido: ATIENZA, Manuel. Para una razonable definición de “razonable”. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 4, p. 189-200, 1987, p. 197.

relação jurídico-política? Aqui parece claro o perigo da desconstrução daquela insuprimível perspectiva da esfera do indivíduo (legada pela Modernidade) e de sua parcela de autonomia política, jurídica, social e ética.

Em uma terceira crítica, decorrente desta última, poder-se-ia também indagar qual a base lógico-teórica que ainda sustentaria esse “repaginado” princípio da supremacia do interesse público, se, do ponto de vista conceitual, todos os interesses estariam albergados naquela noção-chave? Se tudo converge à noção de interesse público, qual o sentido em sustentar a sua primazia? Se o Deus cristão é uno e se não há outro além Dele, qual o sentido de um mandamento dirigido aos cristãos que diga “Adorarás somente ao senhor teu Deus, e só a Ele prestarás culto”?²⁴¹ A consequência tautológica e a incoerência lógica parecem inequívocas, o que denuncia um caráter muito mais simbólico nessa proposta continuísta do que uma decorrência lógico-conceitual.

Tanto que CARVALHO, para se manter fiel à corrente reconstrutivista do paradigma tradicional, acaba por reduzir drasticamente a noção de princípio da supremacia do interesse público, submetido a uma perspectiva formal de norma de atribuição de competência. Por meio dela, a Administração Pública estaria ungida das prerrogativas unilaterais de constituição de obrigações e alteração de relações jurídicas, limitadas à justificação decorrente da ponderação das circunstâncias fáticas e normativas em concreto.

De fato, no momento em que se retiram as qualidades de norma impositiva de prevalência objetiva (*prima facie*) e apriorística da supremacia do interesse público, traços fundantes daquele paradigma tradicional, passando-se a admitir como conciliável com a teoria da ponderação, o resultado é a profunda desnaturação das suas estruturas conceituais. Isso, inclusive, põe em descrédito a sua capacidade de figurar como centro de justificação do regime jurídico administrativo. Se a supremacia do interesse público somente ocorrerá em concreto, realmente já não existe (enquanto tal) aquele tradicional princípio de supremacia. Nem sequer seria necessário, já que em última análise tudo remeteria à noção totalizante de interesse público.

Em um modelo de Estado constitucional de direito, fundado no primado da dignidade humana e na prevalência dos direitos fundamentais, o que sustenta qualquer relação jurídica (pública ou

²⁴¹ Evangelho segundo São MATEUS, capítulo 4, versículo 10 (Mt 4, 10). MATEUS. In: A BÍBLIA SAGRADA. Tradução ecumênica. São Paulo: Paulinas, 2002.

privada) é a ordem político-normativa encartada na Constituição. Assim, reluzem os legítimos interesses públicos (sociais e coletivos) e particulares (individuais) que compõem o complexo universo jurídico de uma dada comunidade política, iluminados pela ampla constelação de normas constitucionais conformadoras, ao que se somam aqueles outros corpos normativos ordinários, se afinados à ordem constitucional.

Portanto, qualquer prerrogativa administrativa só será legítima se, e somente se, parametrizada com essa ordenação constitucional, e não porque fundada em uma concepção abstrata (quase totêmica) de supremacia do interesse público sobre o particular, ou mesmo de uma noção fraca (flexível) de supremacia: quer enquanto base (tautológica) de prevalência a partir de um conceito totalizante de interesse público; quer como norma formal de atribuição de competência.

3.3 A CRÍTICA À TEORIA DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E A SUPERAÇÃO DO PARADIGMA TRADICIONAL

A construção desse novo regime jurídico administrativo, marcado pela matriz constitucional de personalização e prevalência dos direitos fundamentais, deve assentar no princípio da dignidade da pessoa humana, no Estado democrático de direito²⁴² e no princípio republicano,²⁴³ a partir de um processo de constitucionalização do Direito Administrativo e humanização (personalização) de seus contornos.

Do entrelaçamento dos princípios republicano, do Estado democrático de direito e da dignidade da pessoa humana resultam os fundamentos para a construção dos pressupostos, institutos e limites

²⁴² O estudo mais aprofundado do princípio democrático será realizado no subitem 3.4.2 do capítulo terceiro. Para uma visão panorâmica das teorias da democracia, pode-se consultar: CUNNINGHAM, Frank. Teorias da democracia: uma introdução crítica. Tradução de Delamar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Artmed, 2009. Para estudos sobre a noção de democracia procedimental e consenso, consultar: HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. v. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997; HABERMAS, Jürgen. Teoría de la acción comunicativa. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1987.

²⁴³ O estudo mais aprofundado do princípio republicano será realizado no subitem 3.4.3 do capítulo terceiro. Aqui, para uma referência inicial, pode-se consultar: ATALIBA, Geraldo. República e constituição. 2. ed. atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998.

deste renovado regime jurídico administrativo. Com a superação do paradigma tradicional da axiômática prevalência abstrata e apriorística do interesse público sobre o particular, avança-se para o paradigma emergente da dignidade humana, dos direitos fundamentais e do parâmetro constitucionalizado da ponderação de interesses.

Esta reedificação do regime jurídico administrativo seguramente reclama uma profunda reestruturação de diversos institutos e teorias que fundam a disciplina jurídico-administrativa, agora sobremaneira colonizada pela personalizadora ordem constitucional. Por conseguinte, o conceito de interesse público passa, inequivocamente, por uma adequação à carta de direitos fundamentais, pelo princípio da dignidade da pessoa humana e pela teoria da ponderação de interesses. Uma relação indelevelmente marcada e reconfigurada pelo deslocamento da centralidade relacional do Estado para a pessoa humana.

As críticas ao paradigma tradicional da teoria da supremacia perpassam vários prismas e matizes, dentre os quais o lógico, o epistemológico, o axiológico, o ideológico e o normativo-conceitual. Todos serão apresentados e debatidos, a iniciar pelas críticas à insubsistência do (assim designado) “princípio” da supremacia do interesse público sobre o particular, a partir do parâmetro lógico.

3.3.1 A crítica lógica ao paradigma tradicional da supremacia do interesse público

Uma primeira crítica que pode ser dirigida ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, diz respeito a sua já denunciada inconsistência lógica. De início, cumpre dizer que haveria aqui uma impropriedade enunciativa preliminar. Sim, por que se é possível dizer que aquela noção abstrata de interesse público primário absorveria integralmente os interesses privados, a partir da ideia de um todo orgânico e indissociável, em última análise todos os interesses e direitos passariam a ser abarcados pela totalizante esfera do público. Então, qual a utilidade e mesmo a possibilidade de se defender a existência de um princípio abstrato que enuncie a supremacia do interesse público sobre o interesse particular, se *in abstracto* todos os interesses estariam (direta ou indiretamente) abrangidos pela concepção totalizante de interesse público?

Há aqui uma clara incongruência enunciativa. O melhor seria, então, não mais falar em um princípio relacional,²⁴⁴ de supremacia do interesse público sobre o particular, mas somente do princípio da supremacia do interesse público, em termos absolutos.

Mas há, ainda, outra objeção lógica à teoria da supremacia, nos seus contornos relacionais comumente formulados. Se o enunciado é o da prevalência abstrata do interesse público sobre o particular, como seriam resolvidos aqueles casos em que a contraposição ocorre entre dois ou mais interesses qualificados como públicos? Se ambos aprioristicamente preponderam, como seria resolvida a questão em concreto? Por certo, aqui não se está falando de casos em que o próprio legislador constitucional ou infraconstitucional já tenha inclinado a balança de preferência para determinado interesse. Quando isso acontece, ressalvada alguma argumentação de inconstitucionalidade a ser debatida, deve-se privilegiar a construção decisória normativa, uma vez que *a priori* fundada em um legítimo procedimento democrático de escolha e promoção de interesses.

Com efeito, para o caso de contraposições concretas entre dois ou mais interesses públicos normativamente reconhecidos, a resposta da teoria da supremacia seria um silêncio total. Na melhor das hipóteses se ouviria, como resposta, aquele recorrente “nada a declarar”, já que nenhuma implicação ou utilidade prática poderia ser extraída, não havendo outra saída que não o uso dos métodos comuns ao paradigma emergente (ponderação proporcional), com todas as suas peculiaridades e deveres de explicitação das premissas e das razões da escolha operada pela respectiva autoridade competente.

Mas existe, ainda, outra importante indagação: se a noção de interesse público comum ao paradigma tradicional é aquela de contornos abrangentes e totalizantes, que contempla os interesses privados como traços constitutivos do interesse público primário, como seria possível e qual seria a utilidade de se afiançar a supremacia apriorística do interesse público sobre o privado?

Esta crítica lógica, além de não ser superada pela corrente reconstrutivista do paradigma tradicional, resta aparentemente reforçada. Admitindo-se como correto dizer que a corrente reconstrutivista da supremacia pressupõe uma relação de oposição entre o interesse público e o interesse privado; que esta oposição está sujeita a uma ponderação

²⁴⁴ Em sentido semelhante, sobre a insubsistência da noção relacional de um princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, consultar: ÁVILA, *Repensando o “princípio da supremacia...”,* p. 173-174.

em concreto (ponderação proporcional); mas que existe uma norma de prevalência *prima facie* e apriorística do interesse público sobre o privado; qual a viabilidade de uma cláusula normativa de supremacia do interesse público? Ao que parece, seria promovido um procedimento ponderativo (relacional), no caso concreto de conflito entre interesses públicos e privados, para ao final reconhecer o que já se sabia, que o interesse público invariavelmente prepondera.²⁴⁵

Realmente, tanto em um sentido forte (paradigma tradicional) como na sua versão fraca (corrente reconstrutivista), a teoria da supremacia se apresenta inconciliável com os contornos do paradigma emergente, fundado na teoria dos direitos fundamentais, na dignidade da pessoa humana e no modelo de ponderação proporcional.

Como em um jogo de dados viciados (pela prevalência abstrata do interesse público), passa-se a admitir um procedimento ponderativo *in concreto*, mas já se antevê o resultado cativo e apriorístico. Na verdade, esta insubsistência lógica conduz inequivocamente àquela tautologia já bem detectada por BINENBOJM, pela qual o princípio da supremacia afirma que o que deve prevalecer (*in abstracto*) sempre prevalecerá (*in concreto*).²⁴⁶

Além de colocar-se distante de um efetivo modelo de ponderação proporcional, a teoria da supremacia traz em si outra grave consequência, que é a de não exigir fundamentação ou justificação das escolhas e decisões do Poder Público. Por conseguinte, não se pode negar o “fato de a fórmula preconcebida presente no ‘princípio’ ir de encontro ao dever de fundamentação (‘dever de explicitação das premissas’) a que se sujeitam os Poderes do Estado”.²⁴⁷

3.3.2 As críticas epistemológicas, axiológicas e ideológicas ao princípio da supremacia do interesse público

O paradigma tradicional da teoria da supremacia traz também consigo uma série de inconsistências, que serão aqui divididas basicamente em três âmbitos, o epistemológico, o axiológico e o ideológico. Porém, cabe advertir que não há uma separação estanque

²⁴⁵ Em sentido semelhante, Gabriel de Araújo LIMA é textual quando diz que essas objeções não foram superadas pela corrente reconstrutivista, que ele designa como “teoria eclética do princípio da supremacia”. Nesse sentido: LIMA, *Teoria da supremacia do interesse público...*, p. 133.

²⁴⁶ BINENBOJM, *Uma teoria do Direito Administrativo...*, p. 102.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 98.

entre estas objeções, sendo mais comum uma noção de entrelaçamento e, por vezes, até complementaridade.

3.3.2.1 As críticas epistemológicas e axiológicas

Para construir uma sólida objeção filosófica, SARMENTO parte da clássica dicotomia público/privado, que atravessa a construção do Direito no pensamento ocidental e atualmente sofre uma inegável reformulação, inclusive com base na redefinição da concepção de espaço público, antes necessariamente vinculada à atividade estatal e agora ampliada pelo chamado terceiro setor (público não-estatal), composto por Organizações Não-Governamentais (ONGs), associações de moradores, entidades de classe e outros movimentos sociais. Sob o prisma epistemológico, o paradigma tradicional da teoria da supremacia seria justificado a partir de “duas perspectivas diferentes, que, no entanto, mantêm alguns denominadores comuns: o organicismo e o utilitarismo”.²⁴⁸

Mas sob quais parâmetros SARMENTO relaciona a teoria da supremacia a concepções organicistas e utilitaristas? No caso do organicismo clássico, de raiz aristotélica, um dos seus traços constitutivos é a construção da ideia de comunidade política como uma espécie de “todo vivo”, sendo que os indivíduos que nela se encontram funcionariam como órgãos dentro do corpo humano, cada qual com as suas respectivas funções. Isso levaria a se admitir, inclusive, certa relação imutável (natural) de desigualdade intrínseca entre as pessoas, cada qual contribuindo a seu modo (não por escolha) para a construção do bem comum. As comunidades políticas possuiriam fins, valores e objetivos que transcenderiam àqueles dos seus integrantes, o que conduz inexoravelmente à primazia do público sobre o privado, e, por consequência, à preponderância do Estado e da comunidade políticas sobre concepções individualistas.²⁴⁹

Esta concepção de desigualdade natural teria sido superada pelo organicismo moderno, como na matriz do idealismo/holismo hegeliano,

²⁴⁸ Para uma síntese inicial, importaria dizer que, para “o organicismo, o interesse público seria algo superior e diferente ao somatório dos interesses particulares dos membros de uma comunidade política, enquanto, para o utilitarismo, ele confundir-se-ia com tais interesses, correspondendo a uma fórmula para sua maximização”. Nesse sentido: SARMENTO, *Interesses públicos...*, p. 52.

²⁴⁹ Ibidem, p. 53-54.

que manteve aquela noção aristotélica clássica do indivíduo como parte do todo, mas acrescentou um marcante e indelével componente idealista de Estado como o epicentro organizador e reitor da sociedade. Para a filosofia hegeliana,²⁵⁰ o Estado não seria legitimado a partir de um contrato aprovado pelos indivíduos (contratualismo), mas sim com base em “princípios de moralidade política imanentes aos costumes, às normas e práticas pré-jurídicas que configuram aquilo que chama de sociedade civil”. O Estado fundado no universalismo dialético hegeliano²⁵¹ constitui-se em “um todo único e orgânico, que pretende comportar-se racionalmente e ordenar todas as coisas racionalmente,

²⁵⁰ Embora a análise da “Filosofia do Direito” hegeliana ultrapasse os limites do presente estudo, importa trazer, ainda que em breves apontamentos, algumas considerações sobre sua noção de Estado e sociedade civil. Na linguagem teórica de George Wilhelm Friedrich HEGEL (1770-1831 d. C.), a tarefa da filosofia está em compreender aquilo que é, porquanto aquilo que é consiste na razão. O pensamento hegeliano parte da relação binomial entre a Razão e a História como os elementos integrados (dois lados de uma mesma moeda), pelo que toda a ação humana seria movida por interesses relacionados à obtenção de determinados bens. Neste sentido, o que caracteriza e diferencia a sociedade civil (sistema de necessidades) e o Estado é a natureza dos interesses que movem os homens à ação ou dos bens que pretendem por ela alcançar (se particular ou se geral): dos interesses particulares derivam ações relacionadas à sociedade civil; já o Estado decorre das ações voltadas ao interesse geral de toda a coletividade, o bem universal realizado na sua totalidade orgânica, no sentido político e não-político. Muito mais do que um simples aparato institucional, o Estado hegeliano representa o fim (síntese dialética) da atividade da vida ética de uma comunidade (família e sociedade civil), pelo que é “somente no Estado que o homem tem uma existência racional”. Nas palavras de HEGEL: “O Estado é a realidade em ato da Idéia moral objetiva, o espírito como vontade substancial revelada, clara para si mesma, que se conhece e se pensa, e realiza o que sabe e porque sabe. No costume tem o Estado a sua existência imediata, na consciência de si, no saber e na atividade do indivíduo, tem a sua existência mediata, enquanto o indivíduo obtém a sua liberdade substancial ligando-se ao Estado como à sua essência, como ao fim e ao produto da sua atividade”. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 216.

²⁵¹ Para uma breve consideração sobre a difundida dialética hegeliana, pode-se dizer com base em SANTOS que a família seria a tese, a sociedade civil funcionaria como a antítese, enquanto o Estado (espírito objetivo) representaria a síntese absoluta e imóvel, o fim supremo pelo qual se reúnem os indivíduos. Nesse sentido: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 6. ed. São Paulo, Cortez, 1999, p. 120.

mas que não pode permitir a expressão da iniciativa ou da dissensão individual, atitudes que se oporiam ao planejamento racional”²⁵².

Contra estas concepções organicistas, tanto a aristotélica clássica como a moderna fundada no holismo hegeliano, SARMENTO dirige uma sólida crítica, sob diferentes aspectos. Sobre a compreensão de que o ser humano seria muito mais do que um órgão dentro de um todo maior, uma primeira objeção sustenta que o organicismo acaba por não levar a sério a pessoa humana e seu valor intrínseco enquanto indivíduo, independentemente do papel e *status* funcional-social. Em cada pessoa “existe todo um universo de interesses, objetivos e valores próprios, irreduzíveis ao ‘todo’ de qualquer entidade coletiva; que a vida humana tem uma importante dimensão pública, mas que ela não faz sentido sem a sua dimensão privada”, a ser cultivada por meio de objetivos próprios de cada pessoa, com autonomia em relação às finalidades da comunidade política.²⁵³

Na verdade, e já adentrando em concepções axiológico-normativas, a grande justificativa político-jurídica e filosófica para o radical combate às concepções organicistas seria a sua genética autoritária e autocrática. Representam verdadeira dinamite a implodir o edifício moderno das liberdades do indivíduo, epicentro axiológico da ordem constitucional brasileira, fundada na dignidade humana, no Estado democrático de direito e nos direitos fundamentais. Do ponto de vista jurídico, este modelo de “filosofia autoritária e liberticida” revela-se, inclusive, “absolutamente incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana, que impõe sejam as pessoas sempre tratadas como fim, e nunca como meios – consoante o célebre imperativo categórico kantiano”, sendo inconciliável também “com todo o ideário do Estado Democrático de Direito, que se baseia no reconhecimento do valor fundamental da autonomia pública e privada do cidadão”.²⁵⁴

Mas se a teoria da supremacia do interesse público, por inspiração organicista, fundada na prioridade absoluta do coletivo sobre o individual e na centralidade do Estado, mostra-se incompatível com a Constituição Federal, que tem seu epicentro axiológico deslocado para a dignidade da pessoa humana, haveria um fundamento ético à primazia do interesse público a partir de uma teoria utilitarista?²⁵⁵

²⁵² LIMA, *Teoria da supremacia do interesse público...*, p. 135.

²⁵³ SARMENTO, *Interesses públicos...*, p. 56.

²⁵⁴ Ibidem, p. 57.

²⁵⁵ Vale ressaltar que o termo *utilitarismo* não apresenta na teoria política e na filosofia um significado preciso, podendo designar uma série de doutrinas e

A noção proposta por SARMENTO, que faz questão de afastar qualquer relação de continuidade entre o organicismo (aristotélico clássico ou holístico-hegeliano) e as concepções utilitaristas (de raiz liberal), parte de uma doutrina de utilitarismo segundo a qual a “melhor solução para cada problema político-social é sempre aquela apta a promover em maior escala os interesses dos membros da sociedade”. Neste caso, o interesse público não seria “algo diverso e superior ao somatório da totalidade dos interesses dos componentes da comunidade política, mas como a fórmula que, em cada caso, maximizasse os interesses dos integrantes da sociedade, individualmente considerados”.²⁵⁶

A filosofia utilitarista reconhece a igualdade intrínseca entre todas as pessoas e refuta escolhas públicas fundadas em qualquer concepção religiosa ou metafísica, alicerçando-se em uma espécie de ética consequencialista, a indicar que o “melhor caminho a ser seguido em cada caso será aquele que promover, em maior escala, o bem-estar, o prazer, a felicidade ou as preferências racionais do maior número de pessoas”. Já aqueles casos de conflitos entre interesses dos indivíduos devem ser resolvidos pelo sopesamento dos interesses contrapostos, sendo justificável o “sacrifício dos interesses de um membro da

teorias. O utilitarismo pode ser entendido, a partir de um ponto de vista normativo, sob a concepção de que a justificação moral de determinada ação dependeria exclusivamente da sua utilidade, ou seja, das suas consequências. No sentido ético, poderia ser resumido na máxima da maior felicidade para a maioria dos indivíduos. No Dicionário de Política de BOBBIO, MATTEUCCI e PASQUINO, o verbete *utilitarismo* é apresentado a partir da doutrina de vários filósofos e teóricos do pensamento político moderno. Para ilustrar: “O termo Utilitarismo não é um termo de significado unívoco e preciso. Usado inicialmente por J. Bentham e por S. J. Mill para denotar o próprio sistema de ética normativa, e adotado para toda concepção ético-política dos dois pensadores ingleses e dos seus discípulos, o termo, ao longo do tempo, assumiu uma notável variedade de significados e hoje é usado para designar toda uma série de doutrinas ou teorias, seja de natureza fatural, seja de caráter normativo, que é importante distinguir com clareza”. BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, *Dicionário de Política...*, p. 1.274. Para o estudo do utilitarismo a partir das obras clássicas de dois dos seus mais destacados pensadores, consultar: BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. Coleção “Os Pensadores”. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1974; MILL, John Stuart. Utilitarismo. Introdução, tradução e notas de Pedro Galvão. Porto: Porto Editora, 2005.

²⁵⁶ SARMENTO, *Interesses públicos...*, p. 58-59.

comunidade sempre que este sacrifício for compensado por um ganho superior nos interesses de outros indivíduos”.²⁵⁷

Neste aspecto característico de claro desapego a uma teoria forte dos direitos fundamentais²⁵⁸ é que reside, para SARMENTO, a grande incongruência entre a filosofia moral utilitarista e a ordem constitucional nacional. A Constituição Federal sobreleva os direitos fundamentais à condição de cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º, IV da CF/88), verdadeiros trunfos situados acima dos interesses das maiorias e que têm na sua vocação contramajoritária²⁵⁹ um dos seus essenciais traços normativos e filosóficos, colocando-os “fora do comércio político, acima dos desígnios e interesses das maiorias de cada momento. Os direitos fundamentais são protegidos, portanto, mesmo quando contrariarem os interesses da maioria dos membros da coletividade”.²⁶⁰

Mas estas críticas epistemológicas e axiológicas ao paradigma tradicional não pretendem, de forma simplista ou até pouco útil, desqualificar a teoria da supremacia a partir do seu enquadramento como organicista, holista ou utilitarista. O ponto central aqui converge para a demonstração da insubsistência de qualquer paradigma político ou normativo fundado em uma noção (forte ou fraca) de primazia do interesse estatal ou coletivo, em detrimento do indivíduo, porquanto

²⁵⁷ Ibidem, p. 59-61.

²⁵⁸ A questão da contraposição entre o *utilitarismo* e uma *teoria forte dos direitos* é enfrentada por Ronald DWORKIN, com a construção de uma teoria geral do Direito que não exclua nem o raciocínio moral nem o raciocínio filosófico, em um modelo baseado nos princípios do liberalismo individualista, nos quais fundamenta uma filosofia política liberal sobre bases mais progressistas e igualitárias. De fato, a filosofia jurídica dworkiniana está fundada em uma forte teoria dos direitos, que encara os direitos individuais, sobretudo o direito à igual consideração e respeito, como verdadeiros trunfos frente à maioria. Por conseguinte, enquanto teoria que justifica a subordinação dos direitos individuais a finalidades coletivas e objetivos sociais, o utilitarismo estaria posicionado em sentido contraposto a uma autêntica teoria dos direitos. Nesse sentido: DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Traducción de Marta Guastavino. 2. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1989, p. 31.

²⁵⁹ Para uma análise mais aprofundada da noção dos direitos como trunfos contra a maioria e da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais, consultar: NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais do Estado de direito democrático. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Org.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 80-113.

²⁶⁰ SARMENTO, *Interesses públicos...*, p. 61-62.

incompatível com a ordem constitucional vigente, marcada pelo epicentro axiológico voltado para a dignidade da pessoa humana e para a promoção dos direitos fundamentais.²⁶¹

Essa firme desconstrução do princípio da supremacia, a partir de fundadas críticas epistemológicas e axiológicas, tem levantado a preocupação de parte da doutrina nacional, no sentido de identificar nas concepções do paradigma emergente a defesa de concepções neoliberais.²⁶² Nesta quadra, Irene Patrícia NOHARA sustenta que a teoria desconstrutivista “tanto pode servir a um *discurso ultraliberal*, no sentido de restaurar a noção de liberdade incondicionada do particular em buscar os meios e fins de sua conduta”, como pode também “servir ao *discurso neoliberal*, que objetiva impor restrições ao intervencionismo estatal na economia”.²⁶³

A crítica que acusa o paradigma emergente de flertar com quaisquer concepções de individualismo extremado ou mesmo de neoliberalismo,²⁶⁴ conquanto respeitável, não parece minimamente consistente. Pelo menos, não nos contornos aqui defendidos. Cabe asseverar que, nem de longe se pretende desconsiderar a importantíssima e festejada esfera dos direitos coletivos e sociais, que tão magistralmente identificam a Constituição Federal, para render homenagens a qualquer modelo de individualismo extremado, pois todos acarretam a supressão da dimensão coletiva e social dos direitos fundamentais. Na verdade, isso conduziria a uma noção de Estado

²⁶¹ LIMA, *Teoria da supremacia do interesse público...*, p. 136-137.

²⁶² Nesse sentido: DI PIETRO, *O princípio da supremacia do interesse público...*, p. 94-100.

²⁶³ NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no Direito Administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 141.

²⁶⁴ Uma breve, mas dura e abalizada, crítica ao neoliberalismo pode ser recuperada de BONAVIDES, quando assim se manifestou: “O Neoliberalismo é a Internacional do Capitalismo em sua versão mais atroz e funesta de dominação universal. Fundou o império dos mercados e das finanças em substituição do império das armas e dos Exércitos. Porque são mais fáceis a conquista e a escravidão pela moeda do que por meios militares”. BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 32.

mínimo, de claro jaez neoliberal, o que não encontra eco no sistema constitucional brasileiro.

O paradigma defendido aqui é outro. Por tudo o que restou até aqui consignado, parece que a perspectiva filosófica e política mais adequada a uma dinâmica, complexa e multifária ordem constitucional como a brasileira seja sim o personalismo (centralidade da pessoa humana), que suplanta aquela clássica visão de autonomia do indivíduo e “reconhece os múltiplos obstáculos materiais para o seu exercício, que devem ser removidos, com o auxílio do Estado, para que a liberdade saia do plano metafísico e ganhe concretude na vida de seres humanos de carne e osso”.²⁶⁵

Realmente, a concepção do personalismo assume uma posição de conformidade axiológica com a ordem constitucional, algo efetivamente inconciliável no caso do paradigma tradicional da teoria da supremacia.

Esta noção de “personalização do Direito” tem assumido um amplo espaço no debate do Direito Administrativo. Partindo do discurso acerca da centralidade da dignidade humana, já em 1999 JUSTEN FILHO falava textualmente na “personalização do Direito Administrativo” e na necessária e profunda revisão de seus institutos e práticas, inclusive a partir da redefinição do conceito de interesse público, com a afirmação da supremacia do princípio da dignidade humana e na “rejeição à supremacia da burocracia sobre a sociedade civil”.²⁶⁶

Sob as balizas axiológicas da ordem constitucional vigente, alicerçada no princípio da dignidade humana, na promoção dos direitos fundamentais e na ponderação entre os diferentes interesses albergados, não obstante ainda fizesse referência ao princípio da supremacia do interesse público, o que foi mais recentemente superado,²⁶⁷ JUSTEN FILHO já o definia como instrumento de satisfação da dignidade humana, pelo que nenhum “governante pode legitimar suas decisões através da pura e simples invocação ao *interesse público*. Será necessário, sempre, demonstrar como os efeitos concretos da decisão

²⁶⁵ SARMENTO, *Interesses públicos...*, p. 65-74.

²⁶⁶ JUSTEN FILHO, *Conceito de interesse público...*, p. 125-129.

²⁶⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 79.

conduzirão à realização do princípio da dignidade da pessoa humana, segundo o espírito do ordenamento jurídico”.²⁶⁸

3.3.2.2 As críticas ideológicas

Àquelas fundadas e sofisticadas críticas de matriz epistemológica e axiológica, acrescem-se objeções de fundo marcadamente ideológico.²⁶⁹ Desta maneira, Luciana Gaspar Melquíades DUARTE oferece uma interessante crítica ideológica ao paradigma tradicional da teoria da supremacia, a partir da análise da evolução histórica e das diferentes teorias de justificação filosófica, sociológica e política do Estado e “sua demarcação pelo envolvimento com os interesses de dominação, de manutenção do *status quo*, que garante primazia social das elites econômicas”.²⁷⁰

²⁶⁸ JUSTEN FILHO, *Conceito de interesse público...*, p. 129-130.

²⁶⁹ O termo ideologia é aqui empregado a partir de uma perspectiva marxista, que foi identificado por BOBBIO como sendo o “sentido forte”. Por conseguinte, convém ilustrar: “No intrincado e múltiplo uso do termo, pode-se delinear, entretanto, duas tendências gerais ou dois tipos gerais de significado [...] ‘significado fraco’ e de ‘significado forte’ da Ideologia. No seu significado fraco, Ideologia designa o *genus*, ou a *species* diversamente definida, dos sistemas de crenças políticas: um conjunto de ideias e de valores respeitantes à ordem pública e tendo como função orientar os comportamentos políticos coletivos. O significado forte tem origem no conceito de Ideologia de Marx, entendido como falsa consciência das relações de domínio entre as classes, e se diferencia claramente do primeiro porque mantém, no próprio centro, diversamente modificada, corrigida ou alterada pelos vários autores, a noção da falsidade: a Ideologia é uma crença falsa. No significado fraco, Ideologia é um conceito neutro, que prescinde do caráter eventual e mistificante das crenças políticas. No significado forte, Ideologia é um conceito negativo que denota precisamente o caráter mistificante de falsa consciência de uma crença política”. BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, *Dicionário de Política...*, p. 585. Para estudos complementares sobre a questão da “ideologia”, consultar: KONDER, Leandro. A questão da ideologia. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

²⁷⁰ DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. Outros fundamentos para a revisão do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Revista Eletrônica da Faculdade Metodista Granbery, Juiz de Fora, v. 01, p. 01-27, 2006, p. 10. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25508-25510-1-PB.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2014.

Com base em uma noção marxista de Estado,²⁷¹ DUARTE procura demonstrar que sob este conceito não subjaz apenas uma noção (quase romântica) de entidade política que busca os legítimos fins pretendidos pela sociedade. Há também “seu lado perverso, que consiste, justamente, na expressão da vontade dos poderosos, dos detentores da força econômica, cujo apoio revela-se imprescindível para a própria estabilidade e perenidade do ente público”, sendo que “os rumos que ele confere à sociedade são aqueles necessários para assegurar a manutenção dos interesses econômicos dessa classe hegemônica”.²⁷²

Esta crítica de viés marxista, construída a partir do chamado materialismo histórico,²⁷³ vem embebida em um caldo de inegável realismo, sobretudo no caso do Brasil. Neste quadrante, parece correto afirmar que, embora o Estado represente e persiga uma noção de interesse público, não se pode descuidar das práticas dos poderes estatais, pois há uma linha muito tênue e facilmente dissimulável entre a efetiva promoção de interesses da sociedade em geral e a camuflada defesa de interesses egoísticos das classes dominantes, inclusive como meio de retroalimentação de um ciclo vicioso de perpetuação daqueles mesmos grupos de interesses no poder.

De fato, sob a égide do paradigma tradicional da teoria da supremacia, longe daquela ideia de supremacia do interesse público na defesa e construção de um Estado social e democrático de direito (mais justo e materialmente igualitário), o realismo da prática brasileira historicamente reproduzida demonstra sim um completo aproveitamento, efetivo aparelhamento de interesses mesquinhos e

²⁷¹ Sobre a concepção marxista de Estado, STRECK e José Luiz Bolzan de MORAIS esclarecem que o Estado seria uma entidade de dominação, a serviço dos poderosos, o grande mediador entre a classe operária e a burguesia capitalista, reprimindo as manifestações daqueles e viabilizando a manutenção do *status quo* favorável aos interesses destes últimos. Daí porque deveria ser abolido. Os autores reforçam essa dimensão marxista do Estado como um “um fenômeno original e histórico de dominação. Observe-se, assim, que o Estado moderno, em sua primeira versão (absolutista), nasce das necessidades do capitalismo ascendente, na (ultra)passagem do período medieval”. Nesse sentido: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 30-41.

²⁷² DUARTE, *Outros fundamentos...*, p. 24-25.

²⁷³ Para uma análise da teoria do materialismo histórico, consultar: HABERMAS, Jürgen. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

egoísticos, por vezes acobertados pelos “donos do poder” sob a vagueza e a indeterminação do conceito de interesse público.

Em sentido semelhante, BORGES também denuncia que o interesse público, objeto das mais sórdidas “manipulações, sempre tem sido invocado, através dos tempos, a torto e a direito, para acobertar as ‘razões de Estado’, quando não interesses menos nobres, e, até, inconfessáveis”, não sendo raro vê-lo “manejado por certas administrações públicas como verdadeiro escudo, que imunizaria de quaisquer críticas suas posições autoritárias, e as resguardaria até, em nome de pretensa independência de poderes, do imprescindível controle do Poder Judiciário”.²⁷⁴

Ainda que não tenha inicialmente refutado a teoria da supremacia, NOHARA é incisiva em reconhecer o elevado *deficit* de legitimação do processo de democracia formal que prepondera no panorama atual, o qual prejudica uma real participação da sociedade na construção dos diversos e antagônicos interesses e nas relações de poder. A autora reconhece o papel meritório da ideologia, capaz de “criticar uma concepção superficial de que o Estado e o Direito seriam referenciais neutros de realização do ser humano”, o que impõe considerar, ainda, que “por trás do rótulo ‘interesse público’ ou ‘interesse comum’”, existem sujeitos concretos, “historicamente situados e pertencentes a determinadas classes sociais”. E arremata, afirmando o cabimento de uma crítica ideológica, quando alerta para a armadilha da suposição, “no sistema democrático, que os valores são submetidos a uma discussão geral; contudo, as ideias e teorias são frequentemente determinadas pela hegemonia e pelo ‘poder espiritual’ dos valores que interessam à classe dominante”.²⁷⁵

Mais do que uma incongruência lógica, epistemológica e axiológica, a teoria da supremacia do interesse público, que no Brasil historicamente posicionou o conceito de interesse público de modo muito próximo e quase indissociável do Estado, pode sim representar “um risco ao indivíduo, uma vez que o Poder Público, ao pretexto de atuar em nome da coletividade e na persecução do bem comum, de fins públicos, camufla os interesses das elites, garantindo sua manutenção no poder”, o que acabaria por permitir situações em que se viria a “imolar o indivíduo em prol de objetivos escusos e velados dos poderosos”.²⁷⁶

²⁷⁴ BORGES, *Supremacia do interesse público...*, p. 137.

²⁷⁵ NOHARA, *Reflexões críticas...*, p. 140.

²⁷⁶ DUARTE, *Outros fundamentos...*, p. 25.

No Brasil, uma verdadeira genética do que se pode designar por um “patrimonialismo impregnado” toma ares de autêntico Mefistófeles²⁷⁷ a seduzir e enganar os incautos (ou mal intencionados). Mediante sutis discursos de ocasião, grupos de interesses egoísticos e até estruturas criminosas se infiltram no aparelho estatal e usam, de forma inescrupulosa, discursos de legitimação abstrata como o princípio da supremacia do interesse público.

A teoria da supremacia, na melhor das boas intenções (vale frisar), já foi endeusada pelo paradigma tradicional como a “medida de todas as coisas” (para lembrar a máxima de Protágoras), razão finalística e instrumental última da Administração Pública e do Estado. Mas, na prática, tem servido ao longo da história republicana nacional para encobrir e afastar do conhecimento do povo toda uma ordem de sortilégios e práticas patrimonialistas dos quais a frágil República brasileira jamais conseguiu se desvencilhar.

Tanto que, ainda em 1958, o jurista e historiador Raymundo FAORO demonstrava as profundas raízes históricas do patrimonialismo nacional, do modelo de “estamento burocrático”²⁷⁸ e toda a sorte de

²⁷⁷ Alusão metafórica a Mefistófeles, personagem satânico de “*Fausto*”, obra-prima do escritor e poeta alemão Johann Wolfgang von GOETHE. Na clássica tragédia, empenhado em roubar almas humanas por meio da sedução e do convencimento a suas vítimas, pela libertação daqueles dogmas divinos usurpadores da liberdade, Mefistófeles aparece ao velho cientista Dr. Fausto, que decide entregar-lhe sua alma em troca da plenitude da sabedoria, do rejuvenescimento e do amor de uma bela donzela. GOETHE, Johann Wolfgang von. *Fausto*. Coleção A Obra-Prima de cada Autor. São Paulo: Martin Claret, 2002.

²⁷⁸ Embora ultrapasse os limites desse estudo a análise mais detida do pensamento de Max WEBER (1864 – 1920), cabe registrar que a percuciente crítica de FAORO, que denuncia o modelo patrimonialista brasileiro referido como “estamento burocrático”, parte da difundida matriz weberiana dos tipos de dominação (dominação racional-legal, dominação tradicional e dominação carismática), definidos como tipos ideais ou puros, mas que não atuam de forma isolada ou estanque na sociedade, uma vez que os referidos tipos ideais de dominação admitem uma constante mutação, zonas de transição e diálogos com os diferentes “princípios de legitimidade dos governos”, aqueles instrumentos de dominação usados pelos governos para assegurar a autoridade dos dominantes e a obediência dos dominados. Para o pensamento weberiano, a relação entre dominação e Administração é direta e íntima, de modo que estudar a Administração é estudar a dominação. Sobre o tema, consultar: CAMPANTE, Rubens Goyatá. *O patrimonialismo em Faoro e Weber e a Sociologia brasileira*. Revista Dados – Revista de Ciências Sociais, Rio de

mazelas do Poder Público brasileiro, que remontam ao Brasil Colônia e sua relação com a Coroa Portuguesa, protraindo-se por toda a formação evolutiva dos seus modelos e estruturas políticas (Colônia, Império, Primeira e Segunda Repúblicas, Estado Novo), como uma das mais marcantes características do Estado brasileiro através dos tempos (estrutura de poder patrimonialista estamental).²⁷⁹

Realmente, não se pode perder de vista que estes estamentos burocráticos se perpetuam a partir de uma camuflada (e sofisticada) prática de retroalimentação, em que até variam e se renovam as pessoas no poder, mas os procedimentos são sempre os mesmos, com reduzidas variações. Por conseguinte, estes “estamentos organizados se apropriam do Estado, de seus cargos e funções públicas, impondo-se um regime de uso dessas vantagens advindas do *status* ocupado para a utilização da máquina estatal em proveito próprio, para a satisfação de interesses particulares. Eles são os verdadeiros ‘donos do poder’”.²⁸⁰

Neste contexto, em um país que nem sequer alcançou os patamares mínimos de maturidade republicana (radical republicanaização dos espaços públicos) e democrática (efetiva democratização das decisões políticas) dos poderes constituídos e da sociedade, o paradigma tradicional da teoria da supremacia assume clara condição de “poder simbólico”, naquele significado oferecido por Pierre BOURDIEU, um poder invisível, quase mágico, que somente pode ser exercício com uma forte dose de cumplicidade e ignorância tanto daqueles que a ele estão sujeitos como daqueles que o exercem.²⁸¹ Um potente elemento

Janeiro, v. 46, n. 1, p. 153-193, 2003; WEBER, Max. Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora da UnB, 1999; OLIVO, Luís Carlos Cancellier de. Aspectos de uma teoria política weberiana. Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 21, n. 40, p. 121-139, jul. 2000.

²⁷⁹ Nas palavras de FAORO, “os estamentos governam, as classes negociam. Os estamentos são órgãos do Estado, as classes são categorias sociais (econômicas)”. FAORO, Raymundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. v. I, 4. ed. Porto Alegre: Globo, 1977, p. 47.

²⁸⁰ SILVEIRA, Daniel Barile da. Patrimonialismo e a formação do Estado brasileiro: uma releitura do pensamento de Sergio Buarque de Holanda, Raymundo Faoro e Oliveira Vianna. Anais do Congresso Nacional do CONPEDI, Manaus, p. 01-20, 2010, p. 11-12. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/Daniel%20Barile%20da%20Silveira.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2014.

²⁸¹ BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Tradução de Fernando Tomaz. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

(instrumental) que, por vezes, facilita a reprodução de um peculiar modelo de dominação estatal, sutilmente colonizável por egoísticos e privatísticos (ilegítimos) movimentos nacionais ou estrangeiros de apropriação do espaço público.

Na verdade, sem a construção de uma cultura de radical defesa da Constituição, instrumentalizada por uma rígida catequese de profunda democratização e republicanização do Estado e da sociedade, com a criação de uma doutrina forte de eficácia dos direitos fundamentais, o ritual de exorcismo do patrimonialismo estatal não estará consumado e seus fantasmas continuarão a assombrar a sociedade brasileira e desacreditá-la das suas instituições.

3.3.3 As críticas ao caráter conceitual-normativo da supremacia do interesse público

A admissão da existência de um princípio jurídico que assegure *prima facie* a prevalência abstrata do interesse público sobre o privado acaba por subverter a própria concepção de princípios constitucionais. As contemporâneas teorias dos princípios se mostram totalmente inconciliáveis com qualquer ideia de um princípio absoluto, capaz de prevalecer (*a priori*) sobre todos os demais, independentemente de qualquer jogo circunstancial de parâmetros fáticos e jurídicos. Esta crítica conceitual e normativa representa, seguramente, uma das mais consistentes objeções ao paradigma tradicional da teoria da supremacia (quer na sua dimensão forte, quer nos seus contornos reconstrutivistas).

No Brasil, Humberto ÁVILA procedeu a uma das primeiras manifestações doutrinárias de objeção crítica à supremacia do interesse público, enquanto princípio jurídico. Em artigo originariamente publicado em 1998,²⁸² a partir de uma concepção conceitual e normativa de princípios constitucionais, ÁVILA demonstra a insubsistência da definição da supremacia do interesse público como princípio, bem como

²⁸² ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1998. Convém esclarecer que aqui será usada a versão (inalterada) daquele artigo, republicada em 2005, no livro organizado por SARMENTO. Esta obra, que conta com as contribuições críticas do próprio SARMENTO, de ÁVILA, de BINENBOJM, de Alexandre Santos de ARAGÃO e de Paulo Ricardo SCHIER, representa um verdadeiro manifesto, em *terrae brasiliis*, do já referido paradigma emergente, com a proposição de muitas das bases teóricas para superação do paradigma tradicional da teoria da supremacia. Nesse sentido: SARMENTO, *Interesses públicos...*, 2005.

a incompatibilidade da sua concepção axiomática com a noção de postulado normativo.

Esta crítica conceitual ao caráter principiológico da teoria da supremacia se assenta na difundida distinção das normas jurídicas em duas espécies, as normas-regra e as normas-princípio, o que passa a ser (ainda que brevemente) apresentado a seguir.

3.3.3.1 Breve recuperação da distinção estrutural entre regras e princípios

Conforme já se disse alhures, a consolidação do Estado constitucional de direito trouxe consigo a sedimentação da teoria da normatividade dos princípios jurídicos.²⁸³ Esta sofisticada doutrina constitucional contemporânea, desenvolvida sobre as bases de uma teoria material da Constituição, teve como principais precursores autores como Carl SCHMITT,²⁸⁴ Rudolf SMEND²⁸⁵ e Hermann HELLER.²⁸⁶ Pode-se indicar, mais recentemente, outros grandes representantes, dentre os quais seguem destacados Konrad HESSE,²⁸⁷ Friedrich MÜLLER,²⁸⁸ Peter HÄBERLE,²⁸⁹ DWORKIN²⁹⁰ e Robert ALEXYY,²⁹¹

²⁸³ Para uma análise da teoria dos princípios constitucionais no discurso jurídico contemporâneo, consultar: CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Sobre o neoconstitucionalismo e a teoria dos princípios constitucionais. In: AGUILA GRADOS, Guido Cesar; CAZZARO, Kleber; SATAFFEN, Márcio Ricardo (Org.). Constitucionalismo em mutação: reflexões sobre as influências do neoconstitucionalismo e da globalização jurídica. Blumenau: Nova Letra, 2013, p. 45-74.

²⁸⁴ SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Traducción de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2001.

²⁸⁵ SMEND, Rudolf. Constitución y Derecho Constitucional. Traducción de José María Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

²⁸⁶ HELLER, Hermann. Teoria do Estado. Tradução de Lycurgo da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

²⁸⁷ HESSE, Konrad. Escritos de Derecho Constitucional. Traducción de Pedro Cruz Villalón. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

²⁸⁸ MÜLLER, Friedrich. Direito, linguagem, violência: elementos de teoria constitucional, I. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

²⁸⁹ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

estes dois últimos com profunda influência e relevância no contexto do debate contemporâneo sobre a teoria dos princípios.

Apenas para retratar uma recuperação histórica, BONAVIDES ilustra que fora Jean BOULANGER quem tratou de forma precursora da normatividade dos princípios, a eles se referindo como os materiais pelos quais a doutrina pode “edificar com confiança a construção jurídica”, sustentando a existência não somente de uma diferença de importância entre princípio e regra jurídica, mas também de natureza. A generalidade das regras não seria aquela mesma que marca os princípios. As regras seriam gerais na medida em que regulam um número indeterminado de fatos ou atos, mas especiais porque regem uma situação jurídica determinada. Já os princípios seriam gerais no sentido de comportar uma série indefinida de aplicações.²⁹²

Embora de inegável conteúdo polissêmico,²⁹³ a concepção clássica de princípios jurídicos está intimamente ligada à noção de fundamento, suporte, base, pressuposto teórico que orienta e confere coerência a todo o arcabouço lógico e teleológico do sistema jurídico. Nesse sentido, os princípios constitucionais são normas que sustentam todo o ordenamento jurídico, tendo por função principal conferir racionalidade sistêmica e integralidade (integridade) ao ordenamento constitucional. Podem ser expressos mediante enunciados normativos ou figurar implicitamente no texto constitucional. Constituem-se em orientações e mandamentos de natureza informadora da racionalidade do ordenamento e capazes de evidenciar a ordem jurídico-constitucional vigente. Não servem apenas de esteio estruturante e organizador da Constituição, pelo que veiculam normas constitucionais de eficácia vinculante na proteção e garantia dos direitos fundamentais.

A concepção estrutural (morfológica) dos princípios constitucionais e a conformação normativa das regras e princípios,

²⁹⁰ DWORKIN, *Los derechos...*, 1989; DWORKIN, Ronald. O império do Direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999; DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

²⁹¹ ALEXI, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993; ALEXI, Robert. Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

²⁹² BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional...*, p. 239-240.

²⁹³ Nesse sentido: CARRIO, Genaro R. Principios jurídicos y positivismo jurídico. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970, p. 33-34.

segundo ALEX Y, constitui “o marco de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para responder à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais”.²⁹⁴

De fato, uma das primeiras e mais originais contribuições à distinção estrutural entre regras e princípios²⁹⁵ pode ser recuperada da filosofia jurídica dworkiniana, um modelo teórico fundado em uma forte teoria dos direitos, que encara os direitos individuais, sobretudo o direito à igual consideração e respeito, como verdadeiros trunfos frente à maioria. Uma teoria individualista e antiutilitarista que não admite a superioridade das diretrizes políticas ou objetivos sociais frente a um genuíno direito.

Conforme a clássica distinção, DWORKIN sustenta que as regras são aplicáveis à maneira de um “tudo ou nada” (*all-or-nothing*), ou são completamente aplicáveis ou não possuem nenhuma aplicação. Portanto, atestado que determinada questão prática atende aos pressupostos fáticos hipoteticamente previstos pela regra, sendo ela válida, deve ser aplicada com todas as suas consequências jurídicas. Já os princípios constituem-se em “razões para decidir”, não sendo aplicáveis automaticamente quando satisfeitas as condições previstas como suficientes a sua aplicação, característica que os confere a qualidade de critérios que devem ser levados em conta quando da decisão judicial.²⁹⁶

Afora esta primeira qualidade distintiva, o jusfilósofo estadunidense sustenta outro traço a partir da dimensão do peso ou importância (típica dos princípios). Se para a resolução de um problema acorrer uma pluralidade de princípios em oposição, há que se considerar o peso relativo de cada um deles, conferindo-se prevalência ao que apresentar maior densidade, sem que isso implique a invalidação dos demais.²⁹⁷ As regras, por outro lado, não possuem a dimensão do peso

²⁹⁴ ALEX Y, *Teoría de los derechos...*, p. 81-82.

²⁹⁵ Para uma abalizada análise da distinção entre regras e princípios na doutrina de DWORKIN e ALEX Y, consultar: SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 1, p. 607-630, 2003.

²⁹⁶ DWORKIN, *Los derechos...*, p. 75-76.

²⁹⁷ Vale ressaltar que a teoria forte dos princípios de DWORKIN está sujeita a uma série de críticas (algumas delas até consistentes), no sentido de pôr em dúvida essa distinção lógica ou estrutural entre regras e princípios jurídicos. O próprio autor admite textualmente que a forma de um *standard* nem sempre deixa indubitosa sua qualidade de princípio ou regra jurídica, havendo casos em que ambos podem desempenhar funções muito semelhantes, quando a distinção

ou importância e quando em conflito, da aplicação de uma decorre necessariamente a invalidação das demais, segundo critérios determinados pelo ordenamento jurídico.²⁹⁸

Outra original contribuição na construção da distinção estrutural-normativa entre regras e princípios é oferecida por ALEXY, para quem as regras seriam normas que se constituem em mandamentos definitivos, sendo que os direitos baseados em regras são direitos definitivos. Já os princípios seriam normas que ordenam que algo deva ser feito na maior medida fática e juridicamente possível. Estando as possibilidades jurídicas determinadas por regras e por outros princípios opostos, há exigência de ponderação, sendo que os direitos baseados em princípios não seriam definitivos e sim *prima facie*.

A distinção alexyana abandona o âmbito gradual e avança para aspectos qualitativos. Deste modo, os princípios seriam normas que ordenam a realização de determinado direito na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. As regras somente poderiam ser cumpridas ou não, pelo que, se uma regra é válida, deve ser cumprida na sua exata medida, nem mais nem menos. Já os princípios funcionariam como “mandamentos de otimização”.²⁹⁹

Com efeito, afirmar que a medida do cumprimento dos princípios está vinculada às possibilidades jurídicas significa dizer que a aplicação de determinado princípio depende diretamente dos princípios e regras jurídicas àquele contrapostos. Da mesma forma, a vinculação às possibilidades fáticas atesta que o conteúdo dos princípios somente pode ser determinado a partir do problema prático (concreto). Portanto, pode-se dizer que os princípios veiculam obrigações *prima facie*, que podem ser derogadas por outros princípios em caso de colisão, ao passo que as regras instituem obrigações absolutas, que não podem ser superadas por outras regras, devendo ser cumpridas na sua exata medida.

Ainda que não imune a críticas,³⁰⁰ a distinção estrutural defendida por ALEXY fica clara no momento da resolução das colisões entre

acaba se consubstanciando quase que exclusivamente em uma questão de forma. Para uma análise da teoria jurídica dworkiniana e algumas das críticas a ela dirigidas, consultar: CRISTÓVAM, *Sobre o neoconstitucionalismo...*, p. 127-136; PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas: problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 79-86.

²⁹⁸ DWORKIN, *Los derechos...*, p. 77-78.

²⁹⁹ ALEXY, *Teoría de los derechos...*, p. 86-87.

³⁰⁰ Da sua teoria, não fica claro se ALEXY procura, efetivamente, oferecer um conceito de princípios constitucionais como mandamentos de otimização ou se,

princípios e dos conflitos entre regras, situações em que duas normas, aplicadas independentemente, conduzem a resultados incompatíveis (juízos contraditórios de dever ser jurídico). Na doutrina de ALEXY, enquanto o conflito entre regras se resolve no plano da validade, com a invalidação de uma das regras em conflito ou a introdução de uma cláusula de exceção capaz de solucionar a contradição, a colisão entre princípios se resolve no plano do valor, tendo em vista as circunstâncias do caso, em uma “relação de precedência condicionada”.³⁰¹

3.3.3.2 A insubsistência da supremacia do interesse público como princípio constitucional

Conforme visto no item anterior, o discurso jurídico contemporâneo constrói a concepção normativa dos princípios constitucionais, a partir de um modelo de distinção estrutural-qualitativo e das distintas formas de resolução de conflitos entre regras e princípios jurídicos. Para uma síntese daquelas lições de ALEXY, pode-se dizer que as regras, como mandamentos definitivos, veiculariam obrigações absolutas, devendo ser aplicadas sempre que presentes os pressupostos fáticos hipoteticamente previstos na norma, na sua exata medida predeterminada. Já os princípios veiculariam obrigações *prima facie*, sendo que sua aplicação dependerá sempre das condições fáticas e jurídicas correspondentes (deveres/mandamentos de otimização), a partir de uma relação de precedência condicionada àquelas referidas questões fáticas e jurídicas (ponderação *in concreto*).

realmente, apenas descreve um modelo de aplicação/julgamento, conforme usado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão. Apesar disso, segundo sustenta Luis PRIETO SANCHÍS, as características de mandamento de otimização e máxima da ponderação não caberiam exclusivamente aos princípios, mas também para algumas regras que não se apresentam na forma binária, mas gradual. Por conseguinte, a ideia de mandamento de otimização teria aplicação tanto para os princípios como para as regras, não servindo como critério decisivo de diferenciação. A ideia de mandamento de otimização representaria antes uma técnica de argumentação, que pode ser útil na aplicação de qualquer *standard* normativo, e não um critério de diferenciação qualitativa entre regras e princípios. Isso equivale a dizer que essa diferenciação normativa fundada na ideia de mandamento de otimização parece melhor caracterizar uma distinção funcional que morfológica ou estrutural. Nesse sentido: PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios...*, p. 46-50.

³⁰¹ ALEXY, *Teoría de los derechos...*, p. 87-92.

Desta maneira, ÁVILA conclui pela insubsistência conceitual da ideia de supremacia do interesse público enquanto princípio constitucional, porquanto “sua descrição abstrata permite apenas uma medida de concretização, a referida ‘prevalência’, em princípio independente das possibilidades fáticas e normativas”, o que impõe concluir que “sua abstrata explicação exclui, em princípio, a sua aptidão e necessidade de ponderação, pois o interesse público deve ter maior peso relativamente ao interesse particular”,³⁰² sendo plenamente infensa a qualquer ponderação.

Na forma como está enunciado, e pelo conteúdo que lhe é atribuído pelo paradigma tradicional, o princípio da supremacia do interesse público estaria a representar uma espécie de “relação abstrata de prevalência absoluta” do interesse público sobre o privado, uma situação em tudo inconciliável com a teoria jurídica contemporânea. Sim, porque no atual discurso jurídico (teoria do Direito), os princípios constitucionais não dispõem de valor em si (dimensão/peso abstrato), ostentando somente condições de prevalência quando da sua aplicação, dependendo das circunstâncias do caso concreto, o que se pode chamar de “relação concreta de prevalência relativa”.³⁰³

Com efeito, segundo os contornos do paradigma tradicional, a supremacia do interesse público acaba por funcionar como uma espécie de Medusa mitológica, a petrificar e tornar estática toda e qualquer dinâmica de conflitos entre direitos e interesses submetidos a sua ótica. Por isso, possui muito mais um aspecto de “regra abstrata de preferência no caso de colisão”, a pender sempre e invariavelmente a favor do interesse público, no caso de conflitos com interesses particulares.³⁰⁴ Mas essa concepção de regra abstrata de prevalência absoluta é totalmente inconciliável, do ponto de vista normativo e axiológico, com o modelo de Estado constitucional de direito, marcado por uma teoria forte dos direitos fundamentais e pela centralidade do princípio da dignidade humana.

Além dessa inconsistência conceitual, do ponto de vista normativo, a noção de um princípio implícito da supremacia do interesse público não encontra fundamento de validade e é mesmo inconciliável com a ideia de unidade e coerência normativa da ordem constitucional. A Constituição Federal foi prodigiosa na consagração e na defesa da esfera individual do sujeito, linha de concordância lógica e axiológica

³⁰² ÁVILA, *Repensando o “princípio da supremacia...”,* p. 184.

³⁰³ Ibidem, p. 185-186.

³⁰⁴ Ibidem, p. 185.

que permeia todo o texto constitucional, desde os seus princípios fundamentais (artigos 1º a 4º da CF/88), passando pelo extenso e não exaustivo rol de direitos e garantias individuais fundamentais (artigos 5º a 17 da CF/88), até uma série de outras normas setoriais que protegem o indivíduo contra uma desmedida sanha fiscal do Estado (artigos 145 a 156 da CF/88) e que asseguram o liberalismo econômico e financeiro (artigo 170 da CF/88).

A ordem constitucional brasileira protege as liberdades individuais, a intimidade, a privacidade, a igualdade, a segurança, a propriedade privada etc. Nas palavras de ÁVILA, “direitos subjetivos são protegidos, procedimentos administrativos garantidos; o asseguramento da posição dos indivíduos de seus interesses privados é estabelecido frente ao concorrente interesse público”, sendo que a qualificação de cidadã tipicamente conferida à Constituição Federal decorre justamente da “particular insistência com que protege a esfera individual e pela minúcia com que define as regras de competência da atividade estatal”.³⁰⁵

Como resultado interpretativo desse caldo normativo constitucional, que resguarda amplamente os interesses individuais e a esfera privada do sujeito, em uma radical virada axiológico-normativa, ÁVILA até arrisca ilustrar a possibilidade de se cogitar, inclusive, da existência sim de uma espécie de “ônus de argumentação” assecuratório dos interesses privados e em prejuízo dos bens coletivos, pelo qual, em igualdade de condições ou em casos de dúvidas, a prevalência deveria ser dada aos interesses privados, ante a fundamentalidade que assumem no atual modelo de Estado constitucional de direito.³⁰⁶

³⁰⁵ Ibidem, p. 186-187.

³⁰⁶ ÁVILA parte de um texto de ALEXY para apresentar esta ideia do “ônus de argumentação em favor dos interesses privados e em prejuízo dos bens coletivos”, mas não chega a defender que uma norma com este conteúdo (*in dubio pro libertate*) teria fundamento de validade na ordem constitucional brasileira. Mas alerta, inclusive, que o seu conteúdo (se existente) não seria comum a uma espécie de regra absoluta ou relativa de prevalência. “Esse ônus diz respeito, apenas, a uma valoração abstrata e relativa do *individuum* (incluindo, aí, seus interesses) na Constituição brasileira, no sentido de um *ônus de argumentação em favor do indivíduo, a exigir que ‘devam corresponder razões maiores para a solução exigida pelos bens coletivos do que para aquelas exigidas pelos direitos individuais’*”. Ibidem, p. 187.

3.3.3.3 Pode-se aceitar a noção de supremacia do interesse público como um postulado normativo?

Interessante, ainda, debater acerca da possibilidade de a supremacia do interesse público ser aceita como verdadeiro postulado normativo extraído da ordem constitucional vigente. Para os contornos aqui delineados, a noção de postulados normativos será aquela oferecida por ÁVILA, enquanto normas que traduzem “condições de possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico”, pelo que não oferecem “argumentos substanciais para fundamentar uma decisão, mas apenas explicam como (mediante a implementação de quais condições) pode ser obtido o conhecimento do Direito”.³⁰⁷

Deste modo, essas “condições de possibilidade do conhecimento jurídico reveladas pela hermenêutica jurídica consubstanciam postulados normativos”, aquilo que a “doutrina comumente denomina de ‘princípio como ideia normativa geral’ (ou princípio explicativo), como fundamento ou pressuposto para o conhecimento do ordenamento jurídico ou de parte dele”.³⁰⁸

Na linha do discurso jurídico contemporâneo, pode-se afirmar a impossibilidade da dedução de um fundamento de validade constitucional à supremacia do interesse público, como postulado

³⁰⁷ Partindo de uma noção kantiana, ÁVILA esclarece que postulado “significa uma condição de possibilidade do conhecimento de determinado objeto, de tal sorte que ele não pode ser apreendido sem que essa condição seja preenchida no próprio processo de conhecimento. Os postulados variam conforme o objeto cuja compreensão condicionam. Daí dizer-se que há postulados normativos e ético-políticos. ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, v. I, n. 4, p. 01-36, jul. 2001, p. 18. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/dialogo-juridico-04-julho-2001-humberto-avila.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2014.

³⁰⁸ Nesse sentido: “[...] o conhecimento da norma pressupõe o do sistema e o entendimento do sistema só é possível com a compreensão das suas normas (postulado da coerência); só é possível conhecer a norma com a análise simultânea do fato, e descrever os fatos com recurso aos textos normativos (postulado da integridade); só é possível conhecer uma norma tendo em vista a sua pré-compreensão pelo sujeito cognoscente, definida como a expectativa quanto à solução concreta, já que o texto sem a hipótese não é problemático, e a hipótese, por sua vez, só surge com o texto (postulado da reflexão). Ibidem, p. 19.

normativo na Constituição Federal. Realmente, este paradigma tradicional da teoria da supremacia mostra-se, inclusive, incompatível com outras normas extraídas da ordem constitucional vigente e amplamente reconhecidas como válidas, como as máximas da proporcionalidade e da concordância prática, que ÁVILA identifica como postulados normativos.³⁰⁹

Admitir a validade normativa de um postulado constitucional da supremacia do interesse público sobre o particular, em um sistema constitucional que alberga uma norma que impõe o dever de proporcionalidade como parâmetro de aferição da constitucionalidade e da regularidade axiológica na concretização das demais normas jurídicas corresponderia a aceitar como válidas duas estruturas normativas abstratamente inconciliáveis. Uma que imporia um dever abstrato de prevalência do interesse público (teoria da supremacia); outra que determinaria a ponderação, no caso de conflitos ou colisões entre normas concretamente consideradas, quer assecutorias de interesses privados (individuais) quer protetivas de interesses públicos (coletivos). Isso equivaleria a admitir como válida uma fatal incongruência sistemática, em total prejuízo às exigências de “adequação valorativa” e “unidade interior” do próprio sistema constitucional.³¹⁰

Mas haveria, ainda, a possibilidade de se defender a existência de um postulado normativo da supremacia do interesse público sobre o particular, a funcionar como um verdadeiro postulado explicativo do regime jurídico-administrativo e da relação Estado-cidadão. Não no sentido de uma ideia fundamental ético-política, imanente à própria sociedade e desprovida de qualquer necessária positivação, que “represente uma necessidade racional para a comunidade política”, mas como postulado normativo conformador e ordenador do regime de Direito Público.³¹¹

Esta ideia também não encontra asilo na ordem jurídica brasileira, basicamente por duas fortes razões: Primeiro, porque não há no ordenamento jurídico nacional qualquer fundamento político-jurídico que leve à defesa de uma automática supremacia dos interesses públicos sobre os particulares; quando em conflito interesses públicos e privados relacionados, a solução decorrerá de um processo de ponderação entre

³⁰⁹ ÁVILA, *Repensando o “princípio da supremacia...”*, p. 191.

³¹⁰ Aqui as expressões “adequação valorativa” e “unidade interior” do sistema constitucional são empregadas naquela dimensão conceitual usada por CANARIS. Nesse sentido: CANARIS, *Pensamento sistemático...*, p. 14-22.

³¹¹ ÁVILA, *Repensando o “princípio da supremacia...”*, p. 204-205.

as condições fáticas e jurídicas que povoam aquele conjunto de interesses reciprocamente implicados, o mesmo valendo para os conflitos entre interesses públicos (que também carecem de ponderação). Segundo, porque o Direito Administrativo contemporâneo não consegue mais dar conta de toda a complexidade em que está inserido somente a partir daquela tradicional contraposição bipolar entre Estado-cidadão, ou melhor, entre interesse público e interesse privado. A multiplicidade de novas figuras e relações administrativas multipolares (interesses individuais, sociais, de grupos) está a exigir uma nova perspectiva fundamental ao Direito Administrativo, com a superação (e não a afirmação) da ideia de supremacia do interesse público.³¹²

3.4 HÁ FUNDAMENTO DE VALIDADE PARA UM PRINCÍPIO DO INTERESSE PÚBLICO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO?

Afastada a possibilidade de uma defesa da teoria da supremacia do interesse público, nos mais variados e sólidos contornos, inclusive demonstrada a sua insubsistência enquanto norma-princípio e também enquanto postulado normativo, remanesce uma relevante questão: haveria fundamento de validade para um princípio do interesse público no ordenamento jurídico nacional?

Não naquele sentido conferido pelo paradigma tradicional, enquanto norma abstrata de prevalência do interesse público sobre o particular (teoria da supremacia), mas como princípio normativo compatível conceitual, lógica e axiologicamente com o paradigma emergente, conciliável com o princípio da dignidade humana, a eficácia dos direitos fundamentais e a ponderação de interesses.

Vale, de início, o alerta de que o debate em torno da existência de fundamento de validade, na ordem jurídica brasileira, para um princípio

³¹² ÁVILA faz referência, como exemplo, a uma série de figuras administrativas que não estão relacionadas àquela contraposição entre interesses públicos e interesses privados, como “administração cooperativa e Estado cooperativo (decorrência da privatização de serviços públicos ou mesmo da necessidade de fiscalização e cooperação em novas áreas como meio ambiente, saúde pública, comunicações, telefonia, correios, mídia eletrônica, as quais não revelam tanto relações antinômicas, mas uma coordenação recíproca entre vários interesses”, bem como novos conceito de Direito Administrativo (a redefinição do conceito de serviço público sem a titularidade do Estado) e a ideia de Direito Administrativo multipolar (interesses individuais, sociais, de grupos etc.). Ibidem, p. 207-210.

do interesse público, não indica que se esteja refluindo de quaisquer das considerações já lançadas contra o paradigma tradicional da teoria da supremacia. Por conseguinte, adverte SARMENTO que, se “a subordinação dos direitos individuais ao interesse coletivo pode ser a ante-sala para totalitarismos de variados matizes”, não se pode negar também que “a desvalorização total dos interesses públicos diante dos particulares pode conduzir à anarquia e ao caos geral, inviabilizando qualquer possibilidade de regulação coativa da vida humana em comum”.³¹³

3.4.1 O princípio do interesse público na ordem infraconstitucional

No prisma infraconstitucional, importa reconhecer que a Lei Federal n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (Lei do Processo Administrativo Federal), em seu artigo 2º é expressa em assegurar que a “Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

Inclusive, convém ilustrar que, poucos dias antes do advento daquela legislação federal, no Estado de São Paulo foi editada a Lei Estadual n. 10.177, de 30 de dezembro de 1998, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública daquela unidade federativa, também com idêntica consagração em seu artigo 4º do princípio do interesse público: “A Administração Pública atuará em obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, interesse público e motivação dos atos administrativos”.

A previsão do princípio do interesse público pela legislação ordinária é expressa. Mas isso não retira a necessidade de um debate normativo-conceitual: seria este enunciado normativo efetivamente uma norma-princípio? Ou poderia, embora positivado como princípio, veicular uma regra jurídica?

Nesse sentido, tanto partindo daquela distinção estrutural de DWORKIN (aplicação das regras a um “tudo ou nada” e a densidade comum aos princípios, aplicados como razões para decidir); ou se empregada aquela oposição morfológico-qualitativa defendida por ALEXY (regras como mandamentos definitivos (absolutos) e princípios

³¹³ SARMENTO, *Interesses públicos...*, p. 28.

como mandamentos de otimização, aplicáveis segundo as condições fáticas e jurídicas e precedência); ou, ainda, se assumida a original proposta conceitual oferecida por ÁVILA (regras como normas de conduta que estabelecem indiretamente fins, com a prescrição em maior exatidão do comportamento devido; princípios como normas finalísticas que estabelecem diretamente fins, com a previsão mais aberta do comportamento devido);³¹⁴ não parece adequado ou possível dizer que a norma trazida pelo artigo 2º da Lei Federal n. 9.784/1999, quando impõe à Administração Pública à obediência ao princípio do interesse público, estaria a ostentar o caráter de norma-regra, do tipo aplicável a um “tudo ou nada”; ou a veicular deveres absolutos; ou, inclusive, a funcionar como norma de conduta a indicar indiretamente fins, prescrevendo com maior exatidão o comportamento devido. Sua estrutura normativo-conceitual está sim a veicular autêntico princípio jurídico.

Realmente, no marco da legislação infraconstitucional resta inequívoca a consagração do princípio do interesse público, de cogente obediência pela administração Pública Federal e aplicável subsidiariamente³¹⁵ a todas as demais esferas estaduais e municipais da

³¹⁴ Inegavelmente, a proposta distintiva de regras e princípios oferecida ÁVILA representa um importante contributo para a teoria do Direito e para o debate jurídico contemporâneo. Por conseguinte, e apenas para apresentar a “fórmula sintetizada” dos critérios de distinção, ÁVILA define os princípios como “normas que estabelecem diretamente fins, para cuja concretização estabelecem com menor exatidão qual o comportamento devido (menor grau de determinação da ordem e maior generalidade dos destinatários), e por isso dependem mais intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida”. Já as regras são definidas como “normas que estabelecem indiretamente fins, para cuja concretização estabelecem com maior exatidão qual o comportamento devido (maior grau de determinação da ordem e maior especificação dos destinatários), e por isso dependem menos intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida”. Nesse sentido: ÁVILA, *A distinção entre princípios e regras...*, p. 21. Para um estudo mais detido da sua teoria dos princípios, consultar: ÁVILA, *Teoria dos princípios...*, 2004.

³¹⁵ Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1148460/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 19.10.2010, publicado no DJe em 28.10.2010. Brasília. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200900305180&dt_publicacao=28/10/2010>. Acesso em 09 jan. 2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1200981/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves de Lima, Primeira Turma, julgado em 05.10.2010, publicado no DJe em 14.10.2010. Brasília.

Federação, o que remete à necessária indagação acerca da sua conformidade à ordem constitucional, ou seja, da sua constitucionalidade (princípio da supremacia da Constituição).

Pela hermenêutica constitucional contemporânea,³¹⁶ ressalvada a hipótese da construção de uma tese a defender a inconstitucionalidade

Disponível

em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201001303750&dt_publicacao=14/10/2010>. Acesso em 09 jan. 2014.

³¹⁶ Embora não seja objeto central do presente estudo, a temática relacionada à hermenêutica constitucional contemporânea é aqui recorrente, o que indica a referência, ainda que breve, ao pensamento de Hans-Georg GADAMER (1900 – 2002), seguramente um dos mais importantes filósofos do século XX sobre o tema. Profundamente influenciado pelos estudos de Martin HEIDEGGER (1889 – 1976), de quem foi aluno e assistente na *Philipps-Universität Marburg*, em sua obra “Verdade e Método”, publicada originariamente em 1960, GADAMER apresenta sua teoria acerca da hermenêutica filosófica, a partir da crítica ao pensamento filosófico cartesiano, fundado na “suposta” racionalidade do método (técnicas e meios científicos) e na ruptura com as estruturas das instituições e da tradição. Para a hermenêutica filosófica gadameriana a historicidade desempenha um papel fundamental, em contraposição à hegemonia do método e à ideia de enquadramento da verdade, com base em uma proposta teórica que pretende voltar à fenomenologia das coisas, com a interpretação do mundo do ser desvinculada daqueles rígidos e aprisionadores padrões e condições da metódica racionalista moderna. Para GADAMER, mais do que um método científico, a hermenêutica deve ser entendida como o desvelar de um texto pela via da história de seus efeitos, sem desconsiderar os preconceitos e as tradições do intérprete, sempre inserido em um período e em um dado contexto cultural. Diversamente da aposta filosófica do racionalismo moderno, o homem é um personagem da história e vê (interpreta) o mundo e todas as coisas a partir de determinados preconceitos e tradições culturais. As questões relacionadas à tradição, aos preconceitos, à autoridade, à “distância temporal”, à “consciência da história dos efeitos”, ao “círculo hermenêutico” e ao “problema hermenêutico da aplicação” são algumas das categorias centrais à hermenêutica filosófica gadameriana que, embora não possam ser aqui debatidas, guardam repercussão direta com a hermenêutica jurídica contemporânea. Mais do que uma técnica ou um modelo para a decodificação de um texto, a hermenêutica jurídica constrói-se pelo constante, aberto e dialético movimento de compreensão, interpretação e reinterpretação de um texto, cabendo mais ao intérprete descobrir a pergunta a que o texto vem responder, do que a própria resposta. Uma relação dialógica de perguntas e respostas entre o intérprete e o texto, restando àquele superar seus prejulgamentos e preconceitos, abrindo-se ao diálogo e à experiência que brota da compreensão do texto e da linguagem. Sobre o tema, consultar: GADAMER,

da norma (total ou parcial inconstitucionalidade, com ou sem redução de texto, interpretação conforme a Constituição),³¹⁷ pelo princípio da presunção de constitucionalidade das leis, suas prescrições normativas devem ser consideradas constitucionalmente válidas.

Mas interessa, por certo, cogitar a sua compatibilidade constitucional. Nesta quadra, o fundamento axiológico e conceitual-normativo para a constitucionalidade do princípio do interesse público, nos limites e contornos aqui delineados, pode ser buscado a partir do próprio princípio republicano, aqui entendido como um dos princípios estruturantes do novo regime jurídico administrativo,³¹⁸ juntamente com os princípios da dignidade humana e do Estado democrático de direito. O princípio republicano traz em si, como decorrência implícita (imanente), a noção de defesa e consecução (não de supremacia ou prevalência abstrata) dos interesses públicos extraídos da ordem normativa constitucional e infraconstitucional.³¹⁹

Hans-Georg. Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998; GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método II: complementos e índice. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002; STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

³¹⁷ Para uma análise panorâmica do controle de constitucionalidade, consultar: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 887-1058; MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

³¹⁸ A noção de princípios estruturantes, aqui empregada, como de resto nas diversas outras ocorrências da expressão, é aquela oferecida pelo constitucionalista português José Joaquim Gomes CANOTILHO, que será apresentada no item 3.4 do capítulo terceiro. Nesse sentido, consultar: CANOTILHO, *Direito Constitucional*..., p. 1173-1175.

³¹⁹ Inclusive, essa noção de centralidade do princípio republicano para o regime jurídico administrativo talvez encontre concordância em ÁVILA. Diz-se talvez, porque parece que, em sentido semelhante, o autor assim se manifesta, em passagem que procura demonstrar a insubsistência do princípio da supremacia do interesse público: “A constatação de que os funcionários não representam interesses outros além do público não resulta do interesse público propriamente dito (definido, aliás, pela finalidade), mas do desinteresse, por sua vez reconduzido à função pública e ao princípio republicano. E é o princípio republicano que estrutura o bem público, a ser constatado no direito positivo. Perquirir sobre as causas que levaram o legislador a instituir prazos maiores para a administração ou a atribuir determinadas características ao ato

Desta maneira, inclusive poder-se-ia cogitar certa aproximação (parcial e não comprometedora do seu conteúdo autônomo) do princípio do interesse público com aquela dimensão própria do princípio da finalidade administrativa,³²⁰ que também retira sua base constitucional do princípio republicano.³²¹

3.4.2 O interesse público como princípio constitucional implícito

Admitido como adequado o teste positivo de constitucionalidade do princípio do interesse público, expressamente previsto pela legislação infraconstitucional, interessa agora discutir se tal princípio não teria o *status* de verdadeiro princípio constitucional implícito, a extrair seu fundamento de validade constitucional do próprio princípio republicano.

Na verdade, uma das características constitutivas da noção de princípio implícito³²² é o de não poder ser considerado como sentido

administrativo, por exemplo, é objeto da ciência política. Seu aspecto jurídico circunscreve-se a descrever e explicar o sentido e o alcance das normas que instituíram determinadas prerrogativas que os particulares não possuem. Esse aspecto normativo, contudo, nada tem a ver com um princípio de supremacia”. ÁVILA, *Repensando o “princípio da supremacia...”,* p. 201.

³²⁰ No sentido da relação entre o princípio do interesse público e o princípio da finalidade administrativa, consultar: MEIRELLES, *Direito Administrativo...*, p. 108.

³²¹ LIMA faz referência, ainda que breve, ao princípio da finalidade como decorrência do princípio republicano. Nesse sentido: LIMA, *Teoria da supremacia do interesse público...*, p. 131.

³²² No que toca à noção de princípios constitucionais implícitos, PRIETO SANCHÍS oferece interessantes considerações, partindo do modelo tipológico de Jerzy WRÓBLEWSKI, com a classificação dos princípios em expressos, implícitos e extrassistemáticos. Por conseguinte, princípios constitucionais implícitos seriam aqueles que não podem ser considerados como o sentido direto e imediato de alguma disposição constitucional, sendo obtidos a partir de um exercício de descoberta de uma ou várias disposições que se constituem em casos de aplicação ou especificação de tais princípios. Por meio de um exercício lógico e axiológico de analogia, são obtidos determinados princípios que, embora não expressamente dispostos no texto da Constituição, integram implicitamente o ordenamento constitucional. O procedimento que identifica os princípios implícitos é a analogia, enquanto generalização a partir de uma ou várias normas do ordenamento jurídico, em um processo de criação ou reconhecimento de um princípio geral. O raciocínio analógico não ostenta uma natureza estritamente lógico-formal, sendo informada por um componente axiológico que fundamenta os juízos de semelhança, tornando o processo de

direto e imediato de alguma norma constitucional,³²³ mas descoberto por meio de um raciocínio lógico e axiológico de analogia, por meio dos novos parâmetros de hermenêutica e interpretação constitucional.³²⁴

Deste modo, e até como decorrência lógica e axiológica da característica estruturante do princípio republicano, que perpassa a ordem constitucional e contribui para a efetiva construção de um conceito de unidade da Constituição, pode-se reconhecer a existência de um claro bloco de legitimação e sustentação (suporte) constitucional do princípio do interesse público.

reconhecimento dos princípios implícitos suscetível de discussão e interpretações diversas. Assim, a discricionariedade dos juristas ocupa um lugar destacado no processo de identificação dos princípios constitucionais implícitos. Vale ressaltar que os princípios constitucionais implícitos decorrem tanto de um processo indutivo como dedutivo. No primeiro caso, o princípio é identificado como o elemento central de um conjunto de disposições que refletem casos semelhantes e se constitui em norma generalizante capaz de disciplinar novos casos análogos. No segundo, parte-se da argumentação pela qual uma norma constitucional geral guarda relação de implicação com o princípio implícito, sendo este uma consequência lógica daquela, reforçada pelos valores ou interesses tutelados pela norma explícita. PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios...*, p. 142-146.

³²³ Apenas para fins de ilustração, é ideia corrente na nova hermenêutica constitucional que não se pode confundir ou reduzir a complexa e dinâmica ideia de norma jurídica à concepção de texto normativo (enunciado, dispositivo). O texto é o enunciado linguístico, ao passo que a norma é o produto da interpretação deste enunciado normativo. Para estudos complementares, consultar: GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002; STRECK, Lenio Luiz. Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do realismo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. XLVI, p. 55-86, 2006.

³²⁴ No discurso constitucional contemporâneo, estudo que tem consolidado enorme relevo para a teoria constitucional refere-se ao que pode, genericamente, designar como o debate em torno da nova hermenêutica e interpretação constitucional. Sobre o tema, consultar: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009; COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Um inventário somente das expressas ocorrências do termo “interesse” no atual texto constitucional, se consideradas as alterações e revisões operadas pelas Emendas Constitucionais e incluído o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, registrará nada menos que 54 ocorrências nas suas mais variadas expressões qualificativas, que podem ser assim distribuídas: interesse público (artigos 19, I; 37, IX; 57, § 6º, II; 66, § 1º; 93, VIII e IX; 95, II; 114, § 3º; 128, § 5º, I, “b” da CF/88; e artigos 51, §§ 2º e 3º do ADCT); interesse social (artigos 5º, XXIV, XXIX e LV; 127, *caput*; 184, *caput* e § 2º da CF/88; e artigos 71, *caput* e 79, *caput* do ADCT); interesse coletivo, difuso, geral ou comum (artigos 5º, XXXIII; 25, § 3º; 129, III; 173, *caput*; 192, *caput* e 200, I da CF/88); interesse nacional e de soberania (artigos 12, § 4º, I; 148, II; 172, *caput*; 176, § 1º; 231, § 5º da CF/88; e artigos 36, *caput* e 44, § 1º do ADCT); interesse local (artigos 30, I e V da CF/88); interesse dos Entes Federados (artigos 29, XIII; 52, V; 109, I e IV; 144, § 1º, I; 155, § 2º, V, “b” e 231, § 6º da CF/88); interesses fazendários nacionais (artigo 237, *caput* da CF/88); interesse do Governo brasileiro (artigo 52, parágrafo único do ADCT); interesse econômico (artigo 71, *caput* do ADCT); interesses de grupos ou categorias (artigos 5º, LXX, “b”; 8º, III; 9º, *caput*; 10, *caput*; 129, V; 149, *caput*; 202, § 6º e 232, *caput* da CF/88); interesse particular, pessoal ou individual (artigos 5º, XXXIII e XXXIV, “b”; 56, II; 127, *caput* da CF/88; e artigo 47, § 5º do ADCT).

Certamente, não se pode reduzir a normatividade constitucional sobre a questão que envolve o interesse público a este emaranhado e controverso grupo de disposições constitucionais. Além de simplista, incompleto e inadequado, isto ressoaria inclusive quase inútil. Mas a função explicativa daquele inventário de dispositivos constitucionais é outra. Três outras, para ser mais exato.

Primeiro, parece ficar claro e reforçado que a ordem constitucional brasileira alberga um bloco de sustentação ao princípio implícito do interesse público,³²⁵ a partir de uma alargada gama de normas constitucionais que prestigiam a defesa de interesses sociais, difusos e coletivos, ancorados em maior ou menor grau na base estruturante do princípio republicano. Mas sem que isso possa significar, ainda que indiretamente, uma norma de prevalência abstrata do interesse

³²⁵ Este também parece ser o entendimento de SARMENTO, não para admitir um princípio de prevalência abstrata do interesse público (teoria da supremacia), mas um princípio de tutela do interesse público, no sentido de que é dever da Administração perseguir o interesse público. Nesse sentido: SARMENTO, *Supremacia do interesse público...*, p. 125.

público e, menos ainda, de uma insuperável contraposição entre o interesse público e o interesse individual. Isso já foi devidamente afastado pelas análises anteriormente realizadas, não sendo o caso agora retornar àquela temática.

Em um segundo plano, igualmente relevante, fica evidente que a Constituição Federal não reduziu e nem conduziu a noção de interesse público a um significado estatal, sendo plenamente possível estabelecer uma relação de diferenciação entre interesses públicos (mais relacionados àqueles direitos sociais, difusos e coletivos) e os reais interesses do aparato estatal, dos Estes Federados, do Fisco e do Governo. Isso reforça a ideia da construção de um conceito de interesse público que não se esgote no Estado ou a ele não esteja essencial e visceralmente vinculado.

Em um terceiro prisma, também muito importante, não se pode desconsiderar que, assim como a ordem constitucional alberga estruturas normativas de defesa do interesse público, há também destacada guarida a legítimos interesses particulares (individuais, de grupos e corporações).

Nesse sentido, a partir das bases estruturantes do princípio da dignidade humana (artigo 1º, III da CF/88) e da prodigiosa carta de direitos e garantias individuais, que não se resumem àqueles insculpidos no artigo 5º e suas dezenas de incisos, com defesa das liberdades individuais, os direitos civis em geral, a livre iniciativa (direitos econômicos), também exsurge cristalino o *status* constitucional da proteção aos direitos e interesses particulares (privados).

Não se quer com isso, nem indiretamente, defender uma tese antagônica de supremacia dos direitos individuais sobre os interesses coletivos, o que representaria também uma inconcebível ruptura com o sistema (teleológico-valorativo) constitucional vigente. Como adverte SARMENTO, “a tese da superioridade incondicional dos direitos individuais diante dos interesses da coletividade parece assentar-se sobre premissa antropológica distorcida, própria a um superado individualismo liberal-burguês, que via nas pessoas humanas seres isolados e desenraizados”.³²⁶

Curioso, inclusive, é o fato de que a Constituição Federal, a despeito de ser caracterizada por uma profunda abrangência normativa (prolixa), mesmo assim não apresenta qualquer enunciado normativo que estabeleça (de forma abstrata e normativa) uma rota de colisão ou mesmo concorrência entre interesses públicos e privados. Isto, inclusive,

³²⁶ SARMENTO, *Interesses públicos...*, p. 28.

reforça a completa ausência de fundamento normativo ou justificativa axiológica para uma norma (abstrata) de prevalência (absoluta) do interesse público sobre o particular, inclusive porque não parece possível extrair uma necessária relação de conflito constitucional abstrato entre interesses públicos e privados.

3.4.3 A não retomada do paradigma tradicional

Não se pode negar que o reconhecimento do caráter normativo do princípio do interesse público enquanto princípio implícito (*status* constitucional) traz alguns questionamentos: isto não resultaria no amplo respaldo ao paradigma tradicional da teoria da supremacia? Não equivaleria à manutenção da teoria da supremacia do interesse público e todas as suas indesejáveis consequências? Não haveria aqui a simples (e aparente) revisão de nomenclatura do princípio, com a manutenção do seu conteúdo normativo e simbólico? Ostentaria este princípio do interesse público conformidade com o conjunto de direitos fundamentais que compõe o sistema constitucional vigente? Essas questões merecem análise.

Importa, primeiramente, afastar a objeção continuísta de que haveria apenas um falso ataque (de nomenclatura) ao paradigma tradicional, com a desqualificação conceitual-normativa à teoria da supremacia, para posteriormente reconhecer a existência de um princípio do interesse público como norma constitucional implícita, com idêntico conteúdo normativo daquele comum à teoria da supremacia.

Com efeito, a negação ao paradigma tradicional da prevalência do interesse público sobre o particular não é enfraquecida pelo reconhecimento do princípio do interesse público, nos contornos já delineados. Não restaura aquela contradição conceitual-normativa de estabelecer um princípio de supremacia (abstrata) do interesse público sobre o particular, uma autêntica e insubsistente regra (abstrata) de prevalência apriorística, o que resultaria em uma situação inconciliável com aquelas teorias principiológicas comumente aceitas pela doutrina jurídica contemporânea.

Assim, também se mantém suprimida aquela inadequada dimensão de perpétua e reiterada contraposição relacional entre interesses públicos (coletivos) e interesses privados (do indivíduo), comum a alguns matizes da teoria da supremacia. A ideia de que a satisfação de um interesse público envolva abstrata e invariavelmente o sacrifício a interesses particulares está privada de justificação no atual estágio da teoria constitucional.

Em uma Constituição que representa a síntese normativo-valorativa de um extenso, dinâmico e multifário mosaico de interesses públicos e privados, ambos a admitir uma atuação conjugada e complementar do Estado e da sociedade em geral (iniciativa privada), o signo de prevalência deve ser o da cooperação. Impõe-se a superação daquele reducionismo ultrapassado e insubsistente da contraposição de interesses, que somente concebe a noção de Estado contra os interesses individuais e estes como inconciliáveis com qualquer perspectiva estatal. A esfera do público não pertence (titularidade) e nem se esgota no Estado (público não estatal). A dimensão privada não se reduz a uma esfera egoística e mesquinha do sujeito.

No palco do Estado constitucional de direito, as esferas dos interesses públicos e privados dançam entrelaçadas, ao som orquestrado pelos direitos fundamentais (que se afinam e se afirmam a cada dia). E as eventuais brigas e crises (conflitos entre interesses), comuns à vida prática (concretização) deste genioso e (por vezes) egocêntrico casal, devem ser solucionadas a partir de uma adequada composição de interesses (ponderação), e não com base em um dogma apriorístico de prevalência. Juarez FREITAS, embora ainda admitindo uma concepção fraca da teoria da supremacia, parece pensar em sentido semelhante a esse, quando reconhece um princípio do interesse público em “simultânea subordinação das ações administrativas à dignidade da pessoa humana e o fiel respeito aos direitos fundamentais”.³²⁷

Em linhas semelhantes parece conduzir-se o pensamento de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, que sustenta a existência de quatro regras básicas para a aplicação do princípio do interesse público, quando posto em concorrência com outros princípios: 1. O princípio do interesse público não excluirá de forma apriorística nenhum outro princípio concorrente, tampouco poderá ser assim excluído; 2. O princípio do interesse público “deverá ser ponderado, em face de cada um dos demais princípios em concurso”; 3. O princípio do interesse público, assim como todos os demais princípios concorrentes, deverá ser otimizado em sua aplicação (eficácia máxima possível); 4. O princípio do interesse público “deverá ser motivadamente enfatizado, quando se justificar a atribuição de alguma relevância aplicativa na relação” em causa (justificação da maior relevância atribuída).³²⁸

³²⁷ FREITAS, *O controle dos atos administrativos...*, p. 36.

³²⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos;

A noção de um princípio do interesse público, arquitetado a partir desses limitados contornos e sem qualquer vocação de prevalência abstrata, acaba por superar também aquela concepção da supremacia do interesse público como princípio estruturante do regime jurídico administrativo. Afasta-se aqui aquela sua condição de verdadeira pedra de toque a irradiar justificação e legitimação conceitual, normativa e axiológica ao sistema de prerrogativas e sujeições comuns à Administração Pública e derogatórias daquela dimensão horizontalizada informativa das relações privadas.

No paradigma emergente, o regime jurídico administrativo apresenta-se totalmente consonante à garantia dos direitos fundamentais, edificado a partir das disposições estruturantes da dignidade da pessoa humana, do Estado democrático de direito e do princípio republicano. O sistema de prerrogativas e privilégios da Administração Pública, justificado como inerente e considerado decorrência lógico-axiomática do princípio da prevalência do interesse público, agora somente encontra espaço de legitimação se efetivamente compatível com a própria ordem constitucional e suas correspondentes disposições infraconstitucionais, desde que com aquela parametrizadas.

Deste modo, aquela relação de incompatibilidade axiológica do paradigma tradicional da teoria da supremacia com a ordem constitucional resta superada, pela convivência harmoniosa, no plano normativo, entre o reconhecido princípio do interesse público e o sistema de direitos fundamentais, concretizados a partir da teoria da ponderação (relação concreta de prevalência relativa).

Isto, inclusive, suplanta aquele poder simbólico e autoexplicativo da prevalência apriorística do interesse público, que diversamente de assegurar um regime de concretização privilegiada de uma ordem de supremacia dos direitos sociais e dos interesses coletivos da sociedade, na realidade prática sempre esteve a serviço de mesquinhos e egoísticos interesses (mais ou menos) acoitados sob o seletivo e tendencioso manto estatal, em um perverso circuito vicioso que se retroalimenta nas estruturas patrimonialistas das quais o Estado brasileiro jamais foi completamente exorcizado.

Afastado o paradigma tradicional da teoria da supremacia, que legava ao princípio da prevalência do interesse público o *status* axiológico de medida de todas as coisas e parâmetro capital de legitimação da atividade administrativa, norma estruturante do regime

jurídico administrativo, importa debater agora os contornos, limites e possibilidades do paradigma da ponderação de interesses.

3.5 O PARADIGMA DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES

O discurso constitucional contemporâneo e a cultura jurídica como um todo têm experimentado uma acentuada reformulação nas suas bases teóricas, inclusive com sua interação aos diversos fatores que compõem a sociedade atual. A difusão das teorias do neoconstitucionalismo,³²⁹ com a superação de algumas das principais teses do positivismo jurídico, tem refletido viva e fecundamente na consolidação de uma renovada teoria da Constituição, pautada pela supremacia da ordem constitucional, a centralidade personalista da dignidade humana, a força normativa dos princípios constitucionais e a eficácia dos direitos fundamentais.

De fato, a consolidação da qualidade normativa dos princípios jurídicos reveste-se de considerável relevância, sobretudo no contexto do paradigma da ponderação de interesses, com a construção de uma nova hermenêutica constitucional, vivificada pelo raciocínio tópico-retórico e pela aplicação da proporcionalidade.³³⁰

A moderna concepção de centralidade da pessoa humana, verdadeiro “fim em si mesmo” como descrito pelo difundido postulado kantiano,³³¹ somada à resultante construção de um abrangente leque de direitos fundamentais, constituem as bases do novo constitucionalismo contemporâneo. O paradigma emergente é tributário direto deste deslocamento do epicentro normativo constitucional do Estado para a pessoa (personalização do Direito), agora edificado sobre as “ideias de dignidade da pessoa humana e de Estado democrático de direito, servindo, concomitantemente, à legitimação e à limitação do poder estatal”.³³²

³²⁹ As concepções relacionadas ao chamado neoconstitucionalismo serão abordadas no subitem 3.2.1 do capítulo terceiro. Apenas a fim de adiantar, para uma análise panorâmica das suas principais teorias, consultar: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003; CARBONELL, Miguel (Coord.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.

³³⁰ Nesse sentido: BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional...*, p. 446-80.

³³¹ Nesse sentido: KANT, *Fundamentação da metafísica...*, p. 134.

³³² BINENBOJM, *Uma teoria do Direito Administrativo...*, p. 103.

A noção atual de Constituição, enquanto sistema marcado pelas características de ordenação e unidade,³³³ não permite a existência lógica ou axiológica de um princípio geral de prevalência abstrata do interesse público sobre o particular. Entendida como sistema normativo, a Constituição em nada pressupõe ou incentiva uma relação de continuada contraposição entre interesses públicos e privados. Muito menos de uma norma de prevalência geral e abstrata de uns sobre outros. Interesses públicos e privados estão sim equiparados, reconhecidos sob uma condição de plena igualdade anti-hierárquica, totalmente infensa a qualquer noção geral e totalizante de supremacia abstrata.

Inclusive, o fato de a ordem constitucional estabelecer eventuais normas de prevalência de um interesse público sobre o particular, como ocorre no largamente citado artigo 5º, XXIV da Constituição Federal (desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social), em nada autoriza a extrair uma norma geral de supremacia abstrata de interesses públicos sobre privados. O signo constitucional é o da complementaridade e harmonia entre interesses públicos e privados, pois muitas vezes a realização de um resulta na afirmação do outro. Não há uma ordem beligerante de perene contraposição, de exclusão e de conflito, no sentido de que a realização de um fatalmente acarretaria a exclusão do outro.³³⁴

Conforme visto, o Estado constitucional de direito vem marcado por alguns traços fundamentais, do que resulta uma estrutura aberta e maleável de princípios constitucionais, certa fluidez conceitual da noção de interesse público, a centralidade do sistema de direitos fundamentais e a personalização da ordem normativa constitucional sob o primado da dignidade humana. Segundo BINENBOJM, esse caldo político-jurídico conduz a um genuíno Estado de ponderação (*Abwägungsstaat*), que marca o paradigma emergente, fundado na supremacia de uma ordem constitucional que “impõe ao legislador e à Administração Pública o

³³³ A noção de sistema jurídico será retomada no subitem 3.3.1 do capítulo terceiro. Para análises sobre as características da unidade e da ordenação sistemática, consultar: CANARIS, *Pensamento sistemático...*, p. 12-22.

³³⁴ SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 232-233.

dever jurídico de *ponderar* os interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização”.³³⁵

Assim, sempre que a ordem constitucional e infraconstitucional (se com aquela compatível) não estabelecerem, de modo abstrato e apriorístico, os juízos ponderativos de prevalência de determinado interesse público ou privado, situação assaz comum em um sistema constitucional aberto³³⁶ de regras e princípios como o brasileiro, remanesce a incumbência/atribuição ponderativa conferida à Administração Pública e, também ao Poder Judiciário, para decidirem pela prevalência concreta e relativa de determinado direito ou interesse, segundo as respectivas circunstâncias fáticas e jurídicas, sempre visando à máxima satisfação daquelas vontades normativas preestabelecidas.

Isso não significa, de forma alguma, uma proposta simplista de retorno continuísta a uma doutrina tradicional da discricionariedade administrativa ou um modelo de decisionismo judicial. Muito pelo contrário, aqui as atividades administrativas e judiciais devem estar plenamente vinculadas à supremacia da Constituição e à prevalência dos direitos fundamentais, inclusive naqueles casos de concretização de situações da vida fundadas em conceitos jurídicos indeterminados. Estes são o norte e o limite finalístico do chamado Estado de ponderação, a gravitar em torno da plena satisfação do sistema constitucional e das normas infraconstitucionais que o complementam e especificam, a partir da concretização daquela sua extensa constelação normativa de princípios legitimamente reconhecidos.

Não se pode negar, por outro lado, que esses limites não são assim tão racionalmente rígidos, nem em tudo politicamente estáveis e

³³⁵ A referência ao chamado Estado de ponderação (*Abwägungsstaat*) quer indicar que, no Estado democrático de direito, a ponderação proporcional assume a condição de medida otimizadora dos princípios, bens e interesses albergados pela ordem normativa vigente. BINENBOJM, *Uma teoria do Direito Administrativo...*, p. 104-108.

³³⁶ A expressão “sistema constitucional aberto” é usada naquele sentido atribuído por HÄBERLE, a Constituição como um contínuo processo de interpretação pluralista e democrático, a partir da noção de sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Um modelo que pressupõe a construção de uma democracia ativa e participativa (sentido forte), muito diverso daquele modelo fraco de democracia formal-representativa comum ao ainda infante e multifário Estado democrático de direito brasileiro. Para estudos mais aprofundados, consultar: BELLO FILHO, Ney de Barros. *Sistema constitucional aberto: teoria do conhecimento e da interpretação do espaço constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 167-278; HÄBERLE, *Hermenêutica constitucional...*, 1997.

juridicamente infalíveis. De fato, estabilidade política e infalibilidade jurídica não são traços comuns a uma ordem democrática inclusiva, aberta e pluralista, mas a regimes fechados tendentes ao autoritarismo ou até ao totalitarismo.

Mas esta problemática do *deficit* de racionalidade do modelo ponderacionista impõe, com certeza, a construção de uma adequada teoria de justificação racional, uma teoria da argumentação jurídica capaz de conferir os necessários padrões de correção à aplicação do Direito, a fim de assegurar o efetivo controle da atividade administrativa e os limites racionais aos casos de intervenções judiciais.³³⁷ A máxima supressão, na maior medida possível, daquele *deficit* de racionalidade do discurso jurídico, é o ponto sensível do modelo de ponderação proporcional.

Mais do que uma teoria da justificação jurídica racional, urge a consolidação de uma cultura de justificação e correção das decisões político-legislativas, administrativas e judiciais. Sobretudo naqueles casos em que a construção legislativa de consensos e a atuação administrativa e judicial estão diretamente relacionadas à resolução de conflitos entre legítimos e contrapostos direitos e interesses com *status* constitucional.

³³⁷ Ainda que de central relevância, ultrapassa os limites do presente estudo a análise ou tentativa de reconstrução das principais teorias e modelos de argumentação jurídica construídos pela metodologia jurídica contemporânea. Nesse sentido, apenas para citar algumas propostas teóricas amplamente difundidas, pode-se destacar a tópica de Theodor VIEHWEG, a nova retórica de Chaïm PERELMAN, a teoria da justificação jurídica racional de ALEXY e a teoria do direito como integridade de DWORKIN. Para análise nos próprios autores ou em comentadores, pode-se consultar: ALEXY, *Teoria da argumentação jurídica...*, 2001; ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000; CRISTÓVAM, *Colisões entre princípios...*, 117-187; DWORKIN, *O império do Direito...*, 1999; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da argumentação jurídica e nova retórica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; PERELMAN, Chaïm. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Traducción de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1979; PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996; ROESLER, Claudia Rosane. *Theodor Viehweg e a ciência do Direito: tópica, discurso, racionalidade*. Florianópolis: Momento Atual, 2004; VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. Traducción de Luis Díez-Picazo Ponce de Leon. Madrid: Taurus, 1964.

Isso demandaria, no mínimo, a construção de uma robusta teoria dos direitos fundamentais, o radical alargamento dos instrumentos de democracia ativa e participativa, a profunda republicanização do Estado e a consolidação de uma cultura de supremacia da Constituição. Pautas que em muito superam os acanhados limites do debate meramente jurídico. Mas o início dessa hercúlea e relevante tarefa pode partir da construção de uma sólida teoria da proporcionalidade e da ponderação de interesses.

3.5.1 Sobre a teoria da proporcionalidade e o paradigma da ponderação de interesses

O Estado constitucional de direito está assentado sobre um modelo de Constituição com claro viés progressista e garantista, uma carta política definidora dos fundamentos do Estado social e democrático de direito e dos objetivos norteadores das ações estatais. Sobre as bases da dignidade humana e da força normativa dos direitos fundamentais (individuais e coletivos), impõe-se aos poderes constituídos a garantia aos interesses individuais e a promoção daqueles interesses coletivos e sociais (políticas públicas)³³⁸ definidos pelo legislador constitucional.

Em um contexto como este, marcado pela constante relação concreta de conflitos e colisões entre direitos e interesses, dos mais variados matizes, todos aninhados no seio dessa dinâmica e multifária ordem jurídico-política constitucional, os parâmetros da proporcionalidade e do modelo ponderacionista representam elementos instrumentais a esse novo paradigma emergente, característica indelével

³³⁸ Para uma análise panorâmica da categoria das políticas públicas no Direito Administrativo e a possibilidade de controle judicial, consultar: APPIO, Eduardo. Controle judicial das políticas públicas no Brasil. Curitiba: Juruá, 2008; BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2002; COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Direitos sociais e controle jurisdicional de políticas públicas: uma abordagem a partir dos contornos do Estado constitucional de direito. In: GAVAZZONI, Antônio Marcos; MARCELLINO JR., Julio Cesar (Org.). Constituição, Estado e Garantismo Jurídico: diálogos cruzados. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 11-35; VIANNA, Luiz Verneck et al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

de uma renovada hermenêutica constitucional. Nas palavras de BINENBOJM, neste quadrante surge o “dever de ponderação proporcional como fator de legitimação do Estado democrático de direito e princípio reitor da atividade administrativa”.³³⁹

Para os contornos aqui delineados, por ponderação de interesses deve-se entender “um processo racional, um método de desenvolvimento do direito, na medida em que soluciona conflitos entre princípios, impondo restrições recíprocas, apenas limitando um deles na medida do indispensável à salvaguarda do outro”. Assim, não há lugar para o entendimento do modelo de ponderação proporcional como um subjetivo ou irracional “comando de precedência/preferência, mas em um critério argumentativo, de fundamentação racional dos enunciados que estabelecem essa primazia. Trata-se de uma avaliação de qual dos interesses opostos, abstratamente, no mesmo patamar, possui maior peso no caso concreto”.³⁴⁰

Com efeito, neste espaço do debate jurídico contemporâneo inserem-se as teorias da proporcionalidade e da ponderação de interesses (modelo de ponderação proporcional), como instrumentos/mecanismos de aferição da compatibilidade constitucional (juridicidade) das atividades legislativa, administrativa e judicial, sobretudo naqueles casos de conflitos entre valores e interesses individuais e coletivos, expressa ou implicitamente protegidos pela ordem constitucional.

3.5.1.1 A ausência de relação de sinonímia entre proporcionalidade e razoabilidade

Na doutrina jurídica nacional, mormente aquela que se constrói no compasso com a jurisprudência dos tribunais,³⁴¹ é recorrente o uso

³³⁹ BINENBOJM, *Uma teoria do Direito Administrativo...*, p. 103.

³⁴⁰ BRAGA, Valeschka e Silva. Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade. 2. ed. 1. tir. Curitiba: Juruá, 2009, p. 224-226.

³⁴¹ Importa esclarecer que o termo “jurisprudência” foi aqui empregado, como em outras partes do texto, no sentido normalmente atribuído pela cultura jurídica brasileira, enquanto conjunto de decisões dos tribunais, e não naquele sentido forte comum à teoria do Direito, que se refere à jurisprudência como o estudo da ciência do Direito ou o que se pode entender por teoria geral do Direito. Embora extrapolem os limites da temática central e não se possa aprofundar a discussão, com a seriedade teórica merecida, parece claro que, pelo menos no sentido positivista e cartesiano de ciência, fundado nos parâmetros da dedutibilidade, objetividade e método lógico-formal, o Direito não seria, de fato, uma verdadeira ciência. Realmente, estes critérios já se

indiscriminado e indistinto da proporcionalidade e da razoabilidade, como se expressassem idênticas estruturas normativas. E, realmente, parece inegável a relativa proximidade e semelhança, sobretudo em razão da própria finalidade de aplicação, funcionando como pautas restritivas e conformadoras das atividades legislativa, administrativa e judicial.

Inclusive, esta aparente sinonímia é reforçada pelo uso corrente desses termos na linguagem não-jurídica. A qualificação de uma situação ou atitude como desarrazoada ou desproporcional traz em si o mesmo sentido de reprovação. Até no meio jurídico, se dissociado da técnica hermenêutica, os dois termos podem encerrar o mesmo significado.

Mesmo a doutrina nacional reconhece, com certa preponderância, esta relação de sinonímia, pelo que ambas teriam o mesmo significado, havendo apenas diferença de nomenclatura, mas identidade de conteúdo e finalidade.³⁴² A proporcionalidade, de uso corrente na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht – BVerfG*), seria o equivalente terminológico da razoabilidade do Direito estadunidense. Neste quadrante, MELLO chega a sustentar que a proporcionalidade nada mais seria do que “uma faceta da razoabilidade”.³⁴³

mostram contestáveis em qualquer tentativa de se aplicar o conceito de ciência. Ao que parece, sobretudo sobre as bases de um modelo pós-positivista de raciocínio jurídico, seria mais adequado entender o Direito enquanto “jurisprudência” e não “jurisciência”. Jurisprudência que, partindo de um sentido clássico, deve ser entendida como a sabedoria do Direito, do que é justo e razoável. Neste contexto, a lógica formal cartesiana que informava o positivismo jurídico deve ser substituída pela argumentação jurídica, a retórica, a tópica e a lógica axiológica, que marcam de forma indelével a metodologia jurídica e a nova hermenêutica constitucional. Afasta-se o Direito da mera legalidade formal, com a sua aproximação aos conceitos de legitimidade (juridicidade) e justiça material. Para uma análise da jurisprudência nesse sentido forte, consultar: VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia...*, p. 21.

³⁴² Nesse sentido, dentre outros: BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 57; BARROSO, Luiz Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, ano 6, n. 23, p. 65-78, abr./jun. 1998, p. 69; MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 147.

³⁴³ MELLO, *Curso de Direito Administrativo...*, p. 68.

Semelhante caminho tem trilhado o Supremo Tribunal Federal (STF),³⁴⁴ a partir do uso por vezes indiferenciado dos dois termos, inclusive, em muitos casos, sem uma maior preocupação com a construção de um modelo de justificação racional (argumentação jurídica) e aplicação técnica dos institutos. Esta postura, tanto da doutrina como da jurisprudência, contribui negativamente para a adequada construção teórica dos institutos, porquanto dificulta a refinada estruturação dos seus contornos e especificidades técnico-estruturais.

Nada obstante, e embora pareça inequívoca a aproximação operativo-instrumental e certa complementaridade conceitual, não parece correto reconhecer esta plena relação de sinonímia, uma vez que a proporcionalidade e a razoabilidade expressam construções técnico-jurídicas diversas na origem, no fundamento de validade normativa, no conteúdo, nos elementos estruturais e na aplicação funcional.³⁴⁵

Uma primeira objeção à tese da sinonímia remete à dimensão da origem. A razoabilidade remonta à Magna Carta inglesa de 1215,³⁴⁶ ao passo que a proporcionalidade é tributária da tentativa de limitação do poderes estatais, contemporânea da passagem do Estado absolutista para o Estado de direito, desenvolvendo-se no Direito europeu.³⁴⁷

³⁴⁴ Para uma análise da aplicação da razoabilidade e da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), consultar: BRAGA, *Princípios da proporcionalidade...*, p. 186-194; CRISTÓVAM, *Colisões entre princípios...*, p. 237-252.

³⁴⁵ Com relação à ausência da relação de sinonímia, também pelas diversidades de origem, fundamento, conteúdo, elementos estruturais e aplicação funcional, Valeschka e Silva BRAGA sustenta, ainda, a diferença pelo nível de objetividade existente entre a razoabilidade (relativo a determinado momento histórico e em uma determinada sociedade) e proporcionalidade (noção mais objetiva, válida de modo perene no tempo e no espaço). Nesse sentido, consultar: BRAGA, *Princípios da proporcionalidade...*, p. 151-186.

³⁴⁶ Para uma visão crítica da relevância da Magna Carta inglesa de 1215 na origem da razoabilidade no Direito Anglo-Saxônico, consultar: GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do Direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 283; SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002, p. 29.

³⁴⁷ Sobre as raízes da proporcionalidade, Suzana de Toledo BARROS faz uma recuperação do instituto no Direito europeu, na Alemanha, França e Espanha. Para BARROS, suas origens devem ser buscadas na ideia de garantia da

Há que reconhecer, ainda, o cabimento de outra sólida objeção à sinonímia a partir das suas diferenças de estrutura e aplicação. A razoabilidade³⁴⁸ está mais relacionada com a noção de pauta a exigir que os atos estatais sejam razoáveis, devendo apresentar adequação entre meios e fins. Já a proporcionalidade foi desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão em três níveis independentes e que devem ser ordenada e racionalmente aplicados na análise da legitimidade das leis ou atos do Poder Público: a adequação, a necessidade e a ponderação.³⁴⁹

3.5.1.2 A proporcionalidade como máxima ou postulado normativo

A doutrina e a jurisprudência nacionais, com raras exceções, costumam designar e reconhecer a proporcionalidade como norma-princípio, uma terminologia conceitual-normativa que não se coaduna com aquele conceito comum ao discurso jurídico contemporâneo, a exemplo das já debatidas doutrinas de DWORKIN, ALEXY e ÁVILA.

liberdade individual frente aos interesses da Administração. Por conseguinte, essa “consciência de que existiam direitos oponíveis ao próprio Estado e que este, por sua vez, deveria propiciar fossem tais direitos respeitados decorreu das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII”. BARROS, *O princípio da proporcionalidade...*, p. 33-43. Também para uma abrangente análise da proporcionalidade no Direito europeu, consultar: BRAGA, *Princípios da proporcionalidade...*, p. 116-140.

³⁴⁸ Para estudos complementares sobre a razoabilidade, sua reconstrução histórica, aspectos filosóficos e aplicação, consultar: ATIENZA, Manuel. *Para una razonable...*, p. 189-93; BRAGA, *Princípios da proporcionalidade...*, p. 49-90; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Considerações acerca das máximas da razoabilidade e da proporcionalidade. *Revista ADV: Advocacia Dinâmica – Seleções Jurídicas*, Rio de Janeiro, p. 03-19, jan. 2012, p. 06-09; DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Direito Constitucional Tributário e “due process of law”*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 09-31.

³⁴⁹ Para a análise a partir de uma abordagem diversa, demonstrando a aplicação da razoabilidade pela Suprema Corte estadunidense enquanto parâmetro de ponderação e pauta eficaz à resolução dos conflitos entre princípios constitucionais, consultar: MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade à luz da linha decisória da Suprema Corte estadunidense*. 2001. 292 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2001, p. 251-268.

A insubsistência conceitual-normativa e funcional (aplicação) da proporcionalidade como princípio é inequívoca, sobretudo pela sua genética eminentemente instrumental. Para seguir aquela difundida teoria de ALEXY, a proporcionalidade não entra em conflito de conteúdo (relacional) com outros princípios constitucionais, em uma relação de precedência condicionada às peculiaridades fáticas e jurídicas do caso concreto. Não pode ser cumprida na maior medida das possibilidades fáticas e normativas. Trata-se, isso sim, de verdadeiro parâmetro de interpretação relacional, um critério racional para o sopesamento entre princípios contrapostos e a verificação da legitimidade (juridicidade) das decisões legislativas, administrativas e judiciais.

De fato, parece correto defini-la como máxima, genuíno cânone de interpretação, parâmetro ou método de aferição da ordenação lógica e racional do sistema jurídico e da atuação do Poder Público. Esta concepção instrumental de proporcionalidade como máxima, aqui sustentada, parece ostentar ampla proximidade e compatibilidade com aquela sofisticada noção de postulados normativos trazida por ÁVILA, que também não admite a aplicação dos conceitos de regra ou princípio para a proporcionalidade. Desta forma, defende que não se pode encará-la como princípio, porque estes são definidos como normas imediatamente finalísticas, “normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção”. Também não seria uma regra, porquanto estas “são normas imediatamente descritivas de comportamentos devidos ou atributivas de poder”.³⁵⁰

Assim, ÁVILA aplica a noção de postulados normativos, no sentido de normas de segundo grau que informam a estrutura de aplicação das outras normas – as regras e os princípios. Não seria, pois, correto falar em ofensa ao postulado da proporcionalidade, mas em violação a regras e princípios não aplicados conforme àquele, o que remete à ideia de que os postulados funcionam como “deveres estruturantes da aplicação de outras normas”.³⁵¹

³⁵⁰ ÁVILA, *Teoria dos princípios...*, p. 89.

³⁵¹ A noção de *postulados normativos* requer uma abordagem um pouco mais detida. Nesse sentido, para ÁVILA os postulados diferem dos princípios, na medida em que não impõem a promoção de um fim, mas estruturam a aplicação do dever de promover um fim; não prescrevem indiretamente comportamentos, mas raciocínios e argumentações relativos às normas que indiretamente

Com efeito, em larga medida, essa noção de proporcionalidade enquanto postulado normativo aplicativo mostra-se assaz aproximada da ideia de máxima, enquanto parâmetro ou método de aferição da ordenação teleológica e racional das normas que compõem o sistema jurídico. Estabelecidos os contornos normativos da proporcionalidade, enquanto máxima ou postulado normativo aplicativo, cabe agora deduzir o seu fundamento de validade constitucional, já que não se encontra expressamente positivada na Constituição Federal.

3.5.1.3 O fundamento de validade constitucional da proporcionalidade

No Brasil, não há consenso doutrinário acerca da *sedes materiae* constitucional da proporcionalidade, sendo que parte da doutrina, aquela que identifica uma unidade plena entre proporcionalidade e razoabilidade, reconhece que o seu *status* constitucional remontaria à cláusula do devido processo legal (artigo 5º, LIV da CF/88), comumente reconhecida como a base normativa da razoabilidade.³⁵²

Em outro sentido, que parece o mais adequado, BONAVIDES sustenta que a proporcionalidade “pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional”, o que permitiria ser deduzida de outros princípios afins, como a igualdade, “sobretudo em se atentando para a passagem da igualdade-identidade à igualdade-proporcionalidade, tão característica da derradeira fase do Estado de direito”.³⁵³

prescrevem comportamentos. Diferem também das regras, uma vez que não descrevem comportamentos, mas estruturam as normas que o fazem; não estão limitados à mera atividade de subsunção como ocorre com as regras, exigindo a ordenação e a relação entre vários elementos e não a simples análise da correspondência entre a hipótese da norma e a situação fática. ÁVILA ensina que os postulados normativos podem ser de duas espécies: os *postulados inespecíficos ou incondicionais*, aqueles eminentemente formais, que se constituem em meras ideias gerais, despidas de critérios orientadores da aplicação, como são exemplos a ponderação de bens, a concordância prática e a proibição do excesso; os *postulados específicos ou condicionais*, aqueles que, embora formais, têm a aplicação condicionada à existência de determinados elementos e são pautados por certos critérios, com o relacionamento entre os elementos específicos a partir de critérios orientadores. O autor exemplifica como postulados específicos a igualdade, a razoabilidade e a proporcionalidade. Ibidem, p. 88-125.

³⁵² Nesse sentido: BARROS, *O princípio da proporcionalidade*..., p. 89-90.

³⁵³ BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*..., p. 395.

A proporcionalidade está positivada como norma implícita do ordenamento constitucional nacional,³⁵⁴ que decorre “do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição”. Conforta-se, portanto, no seio daqueles “direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição”.³⁵⁵

Este é o seu fundamento de validade, uma norma implícita que decorre diretamente do Estado constitucional de direito e do próprio dever de ponderação de interesses,³⁵⁶ do regime jurídico e dos princípios que informam o modelo constitucional brasileiro. Inclusive, goza daquela proteção (blindagem) prescrita no artigo 60, § 4º, IV da Constituição Federal, na esteira do seu lapidar artigo 5º, § 2º, quando assegura que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

3.5.1.4 A proporcionalidade e as submáximas da adequação e da necessidade

A concepção estrutural e funcional da proporcionalidade em seus três parâmetros setoriais deve ser atribuída, em larga medida, à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão. As submáximas da conformidade ou adequação dos meios, da exigibilidade ou necessidade e da ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito funcionam como níveis de averiguação de vícios substanciais das leis, dos atos administrativos e das decisões judiciais, parâmetros impositivos de limites à atuação do Poder Público.

Nesse sentido, cabe salientar a obrigatoriedade de se observar uma ordem lógico-racional de subsidiariedade na aplicação destes níveis

³⁵⁴ A título ilustrativo, cabe recordar que, no plano infraconstitucional, a proporcionalidade está prevista expressamente como princípio jurídico no artigo 2º da Lei Federal n. 9.784/1999, acima citado.

³⁵⁵ BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*..., p. 396.

³⁵⁶ Em sentido semelhante, inclusive com interessantes acréscimos a partir de uma análise mais detalhada dos possíveis fundamentos extrassistemáticos da proporcionalidade, consultar: BRAGA, *Princípios da proporcionalidade*..., p. 104-109.

de aferição,³⁵⁷ o que impõe uma relação de precedência, uma ordem pré-definida que exige seja analisada primeiramente a adequação da medida legislativa, administrativa ou judicial; posteriormente, se adequada, deve-se aferir a necessidade da medida eleita; e, se adequada e necessária, há que se aplicar o parâmetro da ponderação de direitos ou interesses. Esses elementos constitutivos da proporcionalidade passam a ser brevemente apresentados.

Na esteira da doutrina alemã, BONAVIDES trata a conformidade ou adequação dos meios (*Geeignetheit*) como noção idêntica àquelas designadas por pertinência ou aptidão, ou seja, “se determinada medida representa ‘o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público’, conforme a linguagem constitucional dos tribunais”. Isto leva o constitucionalista pátrio a sustentar que a adequação ostenta certa relação de confusão conceitual com o princípio da vedação de arbítrio (*Übermassverbot*), aplicado com significado idêntico à proporcionalidade.³⁵⁸

A noção de adequação impõe aos poderes constituídos, ao praticarem seus atos e tomarem suas decisões, a adoção de medidas apropriadas ao alcance da finalidade que a norma pretende cumprir. A medida adotada deve ser pertinente à consecução dos fins previstos na lei. Em outras palavras, a satisfação do interesse público (coletivo) ou a proteção do interesse particular (individual) devem ser promovidas segundo meios idôneos, proporcionais, adequados, exigindo-se a conformidade entre os meios empregados e os fins inscritos na norma.

Mas aquela relação de identidade entre as noções de proporcionalidade e a proibição do excesso não é afiançada por Luís Virgílio Afonso da SILVA. A partir de decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, sustenta que estes institutos ostentam contornos conceituais e âmbitos de aplicação diferenciados,³⁵⁹ no que é acompanhado por ÁVILA, quando defende que a “proibição do excesso está presente em qualquer contexto em que um direito fundamental esteja sendo restringido”, devendo, portanto, ser investigado em separado da proporcionalidade, uma vez que sua “aplicação não pressupõe a existência de uma relação de causalidade entre um meio e

³⁵⁷ SILVA, *O proporcional e o razoável...*, p. 34.

³⁵⁸ BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional...*, p. 360.

³⁵⁹ Para um estudo mais detido acerca da não sinonímia entre a proporcionalidade e a proibição do excesso, consultar: SILVA, *O proporcional e o razoável...*, p. 29-32.

um fim”, mas “depende, unicamente, de estar um direito fundamental sendo excessivamente restringido”.³⁶⁰

A adequação não impõe a análise do grau de eficácia das providências escolhidas, havidas como capazes de alcançar os fins pretendidos. A perspectiva da eficácia e o debate acerca do melhor meio para a realização da finalidade desejada – a intervenção menos gravosa ao cidadão – já transbordam a adequação e passam para o seio da necessidade. O controle da adequação de uma medida ou ação estatal impõe examinar se o meio escolhido é idôneo à obtenção da finalidade normativa pretendida, à satisfação de uma dada finalidade pública ou defesa de interesse individual. Não para exigir essa ou aquela medida de absoluta adequação entre meios e fins, mas para examinar a conformidade negativa da medida eleita, com a invalidação de atos desviados dos fins previstos na estrutura normativa.

A confirmação da adequação da medida impõe o debate acerca da sua exigibilidade ou necessidade (*Erforderlichkeit*). O teste de proporcionalidade de determinada atuação estatal cobra, ainda, seja averiguado se medida normativa, administrativa e até judicial, entre as aptas à consecução do fim pretendido, é a que produz menor prejuízo aos seus destinatários. Impõe-se que as intervenções eleitas sejam as menos onerosas, menos restritivas e limitadoras dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Pela necessidade, exige-se que “a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa”.³⁶¹

Nesse sentido, pode-se notar que a necessidade pressupõe uma aplicação relacional, comparativa, deferente da adequação, que deve ser aferida em termos absolutos e não comparativos. Nas palavras do jurista alemão Heinrich SCHOLLER, a “adequação representa a relação com a realidade empírica e deveria ser aferida em primeiro lugar, ainda que o critério da necessidade tenha a maior relevância jurídica”. Logo, as medidas adequadas nem sempre serão necessárias, mas os “meios necessários serão sempre adequados”.³⁶²

³⁶⁰ ÁVILA, *Teoria dos princípios...*, p. 97.

³⁶¹ BARROS, *O princípio da proporcionalidade...*, p. 76.

³⁶² SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet. Revista Interesse Público, São Paulo, ano 1, n. 2, p. 93-107, abr./jun. 1999, p. 99.

A hermenêutica constitucional contemporânea tem consagrado invulgar destaque à teoria da eficácia dos direitos fundamentais, razão pela qual a restrição a esses direitos impõe ao órgão legislativo, administrativo ou judicial o ônus da adequada e racional justificação da medida restritiva. A simples e descontextualizada maximização de um direito fundamental não é suficiente para legitimar a restrição de outro. Impõe-se demonstrar a necessidade da providência restritiva e se outros meios de fomento ao direito ou interesse prestigiado não trariam menor gravame ao direito ou interesse preterido.

Não se pode esquecer que a mera confiança na implementação de uma finalidade legal não autoriza a adoção de medidas violentamente restritivas aos direitos fundamentais. A certeza na realização de um bem não justifica um mal maior. O Estado não pode eleger quaisquer meios exagerados, somente para cumprir os seus fins ou dar respostas imediatas a determinados setores sociais. Sua trava, seus limites, seu guardião são os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

3.5.1.5 A ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito

Há situações em que medidas legislativas, administrativas e até judiciais, embora adequadas e necessárias, podem acarretar uma carga excessiva de restrições e limitações aos direitos fundamentais dos cidadãos. A providência adotada, ainda que apta a efetivar determinado direito ou interesse constitucionalmente assegurado, acaba por ferir outro direito ou interesse de igual estatura constitucional, com demasiado prejuízo à coletividade ou determinado indivíduo ou ainda a um conjunto de indivíduos em particular.

Nestes contornos é que se situa a teoria da ponderação de interesses, a partir do que aqui se entende por metódica da ponderação proporcional. O destronamento daquele princípio geral da supremacia abstrata do interesse público, como parâmetro de justificação apriorística de medidas restritivas de direitos fundamentais, demanda a construção de um complexo sistema de justificação racional a qualquer restrição aos direitos e garantias fundamentais. Rompida aquela noção vaga e elástica de supremacia abstrata do bem-estar geral da coletividade, como parâmetro de justificação de ações estatais contrárias aos direitos fundamentais, o signo passa a ser o da ponderação *in concreto* de todos os eventuais direitos e interesses contrapostos (precedência condicionada).

Para situações de efetivo conflito entre interesses constitucionalmente protegidos, CANOTILHO ensina que “deve

perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coativa da mesma. [...] Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim”.³⁶³

Nas esclarecedoras palavras de SILVA, para que uma medida ou intervenção seja taxada de desproporcional “não é necessário que ela implique a não-realização de um direito fundamental. Também não é necessário que a medida atinja o chamado *núcleo essencial* de algum direito fundamental”. Para a quebra da proporcionalidade, “basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham *peso* suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido”. Logo, se “a importância da realização do direito fundamental, no qual a limitação se baseia, não for suficiente para justificá-la, será ela desproporcional”.³⁶⁴

Com efeito, na análise de uma medida restritiva de direitos dos cidadãos, a partir da proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*), deve-se promover um juízo de ponderação acerca da justiça relacional entre o direito ou interesse a promover e aquele que será preterido/restringido. Justiça relacional no sentido de ponderação dos bens, valores, interesses e direitos em conflito, segundo as circunstâncias fáticas e, sobretudo, jurídicas do caso concreto (relação de precedência condicionada). Mas não se pode negar que, dessa ponderação relacional, decorre um considerável *deficit* de subjetividade, a ser controlada a partir de uma sólida teoria da justificação racional (argumentação jurídica).

Sobre a proporcionalidade em sentido estrito, umbilicalmente entrelaçada à pragmática da ponderação (método da ponderação proporcional), Raquel Denize STUMM relaciona a chamada lei da ponderação à “análise do espaço de discricionariedade semântica (plurissignificação, vaguidade, porosidade, ambiguidade, fórmulas vazias) presentes no sistema jurídico”, pelo que o “juízo de ponderação entre os pesos dos direitos e bens contrapostos deve ter uma medida que permita alcançar a melhor proporção entre os meios e os fins”.³⁶⁵

A chamada lei da ponderação proposta por ALEXY deve ser aplicada a partir de três fases distintas, em uma espécie de graduação da proporcionalidade. Segundo o jusfilósofo alemão, a sua adequada

³⁶³ CANOTILHO, *Direito Constitucional*..., p. 270.

³⁶⁴ SILVA, *O proporcional e o razoável*..., p. 40.

³⁶⁵ STUMM, Raquel Denize. Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 80-81.

aplicação acabaria por reduzir sobremaneira o *deficit* de objetividade da teoria ponderacionista. Isso demonstraria, com razoável propriedade, que o ceticismo acerca da ponderação e as dúvidas quanto à racionalidade do procedimento seriam injustificados e insustentáveis, se contrastados com o instrumental teórico oferecido.

As três fases da lei da ponderação seriam as seguintes, nas exatas palavras de ALEXY: “Na primeira fase deve ser determinada a intensidade da intervenção. Na segunda fase se trata, então, da importância das razões que justificam a intervenção. Somente na terceira fase sucede, então, a ponderação em sentido estrito e próprio”.³⁶⁶ Convém lembrar que, na doutrina alexyana, os “princípios *prima facie* possuem sempre pesos relativos e pela necessidade de otimizar as possibilidades jurídicas, eles só podem ser restringidos à medida que não sejam afetados mais do que o necessário para a aplicação do outro”. Isso permite considerar que a chamada lei de ponderação “não é um procedimento abstrato ou geral, ao contrário, é um trabalho de otimização que atende ao princípio da concordância prática”.³⁶⁷

A concordância prática, que ÁVILA identifica e descreve como postulado normativo, desempenha relevante papel na solução de colisões de direitos, em estreita relação com a ponderação, ambos mecanismos essenciais à manutenção da ideia de unidade da Constituição. Mas o constitucionalista português José Carlos Vieira de ANDRADE adverte que o postulado da concordância prática (harmonização) não deve ser entendido como um regulador automático, um prescritivo matemático e milimétrico da realização ótima de cada um dos valores em jogo, sendo que sua “aceitação pressupõe que o conflito entre direitos nunca afete o *conteúdo essencial* de nenhum deles”. Trata-se, na verdade, “apenas de um *método* e um *processo de legitimação* das soluções que impõe a *ponderação* de todos os valores constitucionais aplicáveis, para que se não ignore algum deles, para que a Constituição (essa, sim) seja preservada na maior medida possível”, sendo que o “princípio da concordância prática executa-se, portanto, através de um critério de *proporcionalidade* na distribuição dos custos do conflito”³⁶⁸.

³⁶⁶ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 217, p. 67-79, jul./set. 1999, p. 78.

³⁶⁷ STUMM, *Princípio da proporcionalidade...*, p. 81.

³⁶⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 301-302.

Pela máxima ou postulado da ponderação proporcional impõe-se um sofisticado método (procedimento) de exame e aferição das situações de conflitos entre direitos e interesses, considerados em concreto, segundo as suas circunstâncias fáticas e normativas. Disto resulta negar legitimidade e regularidade constitucional a medidas que, a pretexto de satisfazer um direito ou interesse, acabam por afrontar outros interesses ou direitos merecedores de prevalência naquele caso. Isto não impõe apenas o exame do grau de satisfação e efetivação daquele direito ou interesse constitucional promovido, mas também o nível de prejuízo ao direito ou interesse preterido. Quanto mais elevado o grau de ofensa ao direito ou interesse restringido pela medida eleita, maior deverá ser a satisfação/promoção daquele protegido ou promovido.

Deste modo, a partir dessa metódica da ponderação proporcional é que se estabelecem as “relações de *prevalência relativa* entre elementos que se entrelaçam, com base em critérios formais e materiais postos ou pressupostos pelo sistema jurídico. Ponderam-se, assim, bens, princípios, finalidades ou interesses, conforme os elementos que se encontrem em jogo numa dada situação”.³⁶⁹

Estas são as bases teóricas essenciais da concepção de ponderação proporcional de interesses, uma perspectiva que assegura a necessária dose de plasticidade e flexibilidade capaz de permitir a otimizada aplicação de um sistema aberto de regras e princípios comum à ordem constitucional brasileira, a incidir sobre uma realidade social e cultural marcada por uma enorme efervescência e um acelerado processo de constantes mudanças. A grande preocupação agora deve reconduzir-se à construção dos parâmetros e limites operativos desse modelo, capazes de assegurar adequados padrões de segurança e estabilidade ao paradigma emergente delineado no presente trabalho.

3.5.2 O paradigma da ponderação de interesses e a concretização da ordem constitucional

Pelo que restou consignado, a consolidação do paradigma da ponderação proporcional de direitos e interesses permite a construção de um peculiar modelo de Estado de ponderação, enquanto projeto constitucional dinâmico, aberto e pluralista. Um traço característico de um modelo de Estado constitucional de direito centrado no princípio da dignidade humana, na eficácia dos direitos fundamentais e nos

³⁶⁹ BINENBOJM, *Uma teoria do Direito Administrativo...*, p. 109.

princípios democrático e republicano. Mas o paradigma ponderacionista não pode significar um insuprimível espaço de incertezas jurídico-políticas, de diuturna relativização de direitos, progressiva corrosão da noção de segurança jurídica e consequente *deficit* de estabilidade social, política e econômica da comunidade.

O chamado Estado de ponderação não pode ser convertido em um Reino do “tudo depende”, na relativização dos conceitos e dos institutos jurídicos, que fundam as regras e os princípios constitutivos da ordem jurídica vigente. Não se pode abrir espaços para práticas decisionistas dos poderes constituídos, em especial para a subjetividade da atividade administrativa e judicial. A construção do paradigma da ponderação proporcional deve estar fundada em um método racional de ponderação de interesses, no sentido de assegurar a prevalência relativa daqueles direitos ou interesses marcados pelas respectivas condições de precedência.

Desta forma, SARMENTO procura oferecer uma espécie de metodologia de aplicação da ponderação de interesses, segundo a qual a primeira necessidade seria a exata identificação do real conflito entre princípios. Isso é importantíssimo, porquanto há muitos casos em que a delimitação do âmbito de abrangência de cada um dos princípios supostamente contrapostos já é suficiente para harmonizá-los, em uma espécie de diagnóstico dos “limites imanentes” daqueles direitos e interesses aparentemente em colisão. Se confirmado o conflito, com base nas situações concretas, caberia ao intérprete “impor ‘compreensões’ recíprocas sobre os interesses protegidos pelos interesses em disputa, objetivando lograr um ponto ótimo, onde a restrição a cada interesse seja a mínima indispensável à sua convivência com o outro”³⁷⁰.

Mas a aceitação da teoria da ponderação de interesses não é algo tão simples. Sobretudo em uma sociedade como a brasileira, ainda fundada em instituições democráticas de enorme fragilidade e baixa legitimação no seio da população. E aqui não se está referindo apenas ao Legislativo e ao Executivo, comumente marginalizados e até demonizados por “oposicionismos de ocasião” e por setores da mídia nacional, como se fossem os únicos redutos de todas as chagas da corrupção e do patrimonialismo estatal. O *deficit* de legitimação alcança, sem maiores discriminações, todas as demais instituições: o Poder

³⁷⁰ SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 102.

Judiciário, o Ministério Público, os Tribunais de Contas, as Instituições Públicas Financeiras etc.

Na verdade, essa crise de legitimação parece ser mais profunda, atacando o próprio Estado por completo. A sociedade (povo) vê o Estado como o “outro”: umas vezes até como “provedor”, outras tantas como verdadeiro “inimigo”. Mas quase nunca como aquela síntese das aspirações coletivas e supraindividuais. Muito disso, vale reconhecer, parece ser parte de uma realidade cirurgicamente orquestrada por alguns “donos do poder”, por uma mídia de discursos monolíticos e monopolizadores da verdade, por vezes condutora da frágil e instável “opinião pública”, por caminhos de verdades fabricadas, postas a serviço de algumas rarefeitas e oportunistas noções de interesse público, sob as quais mimetizam escusos e egoísticos interesses de grupos políticos e econômicos.

Vale ressaltar que, quando se faz referência a uma mídia de discursos monopolizadores da verdade, não se pretende aqui o recurso retórico a frases de efeito ou algo do gênero. De fato, não se pode descuidar que no Brasil as normas e as práticas (reiteradas e notórias) convergem para a construção de verdadeiros “monopólios da informação”, permitindo-se que um mesmo grupo empresarial explore concessões de rádio, jornal e televisão (imprensa falada, escrita e televisionada), do que decorre uma perigosa concentração de poder sociopolítico nas mãos de determinados setores da imprensa, fator que pode resultar em efetivo entrave para o fortalecimento da democracia.³⁷¹

Este traço de fragilidade das instituições democráticas vem acompanhado, ainda, pela crônica ausência de uma radical cultura de supremacia da Constituição, a exigir uma construção do discurso jurídico sobre as sólidas bases da hermenêutica constitucional contemporânea. No Brasil, não são raros os discursos que justificam o desprestígio e o descumprimento a normas constitucionais assecuratórias de direitos, sob o pretexto de vedações e limitações

³⁷¹ Para uma análise da relação entre os meios de comunicação de massa e a democracia, inclusive a partir do debate acerca de uma proposta de regulação da imprensa (vedado o controle de conteúdos), por meio de um “ente regulador independente”, como mecanismo de proteção e garantia dos direitos fundamentais de liberdade de manifestação e de informação, consultar: BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa: as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, n. 09, p. 191-211, abr./jun. 2005.

infraconstitucionais. Por vezes, gestores públicos deixam de cumprir a Constituição para fazer valer a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101, de 04 de maio de 2000). É notório o “calote institucionalizado” de incontáveis Entes Federados (Estados e Municípios), que simplesmente negligenciam o pagamento de dívidas judicialmente reconhecidas, sem nem sequer obedecer aos limites temporais daquele já famigerado sistema de precatórios.³⁷² Com uma surpreendente desfaçatez, nega-se autoridade e força vinculativa às decisões judiciais e ao próprio instituto da coisa julgada.

Neste carnaval de inconsistências e instabilidades, a prática dos tribunais também não está imune a críticas. Como bem denuncia STRECK, vive-se sob o signo do que ele chama de “pan-principiologismo”,³⁷³ uma espécie de “estado de natureza hermenêutico” que traz consigo a abertura para modelos de decisionismo judicial, a partir de uma noção descomprometida e pouco ilustrada da teoria da ponderação. A prática dos tribunais denuncia quase um autêntico e preocupante “*Leito de Procusto*” hermenêutico: se a norma a aplicar diz mais do que se quer, o intérprete corta-lhe um pedaço; se diz menos, estica o seu sentido até alcançar a “medida correta”.

Na mesma linha, Carlos Ari SUNDFELD chega a fazer referência aos “princípios como armas de espertos e de preguiçosos”, ante a comodidade que oferecem aos litigantes espertos, na medida em que ocultam a fragilidade argumentativa de direitos invocados com base em princípios ociosos de expressão normativa para determinados casos. Comodidade estendida aos julgadores preguiçosos, que usam “fundamentos fáceis para esconder a superficialidade de sua decisão”.³⁷⁴

As bases da hermenêutica constitucional são facilmente negligenciadas, inclusive porque largamente desconhecidas, ainda que seus expoentes doutrinadores sejam os mais citados. Sem maiores

³⁷² OLIVEIRA, Flávio Freire de. A responsabilidade estatal e os precatórios – a inefetividade das decisões condenatórias do Estado por política econômica e o regime de pagamento de precatórios após a Emenda Constitucional 62. In: SILVA, Maria Teresinha Pereira; ZANOTELLI, Maurício (Coord.). Direito e Administração Pública: por uma hermenêutica compatível com os desafios contemporâneos. Curitiba: Juruá, 2011, p. 199-214.

³⁷³ STRECK, Lenio Luiz. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, São Paulo, mar. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>>. Acesso em: 16 jan. 2014.

³⁷⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativos para céticos. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 70.

constrangimentos, normas-regras passam a ser ponderadas pelos tribunais como se princípios fossem. Como sabiamente ilustram Alexandre Moraes da ROSA e Rafael Tomaz de OLIVEIRA, ao melhor (ou pior) estilo “Juiz MacGyver” e seu “canivete suíço”, sempre se encontra um “jeitinho” hermenêutico para moldar o caso a decidir ao talante (autoridade) do seu juízo subjetivo.³⁷⁵

Em um cenário assim desenhado, a construção do modelo de ponderação de interesses carece de um afirmativo refinamento teórico, explicitando-se os seus limites e procedimentos, como forma assecuratória do alcance das suas finalidades últimas, a supremacia da Constituição e a promoção e defesa dos direitos fundamentais. O resultado da ponderação de interesses deve ser a concretização daquele modelo material de justiça constitucional sobre o qual se funda o Estado constitucional de direito. E não o signo da incerteza política, da insegurança jurídica e do primado da autoridade (daquele que legisla, daquele que administra ou daquele que julga). A única autoridade legítima é a vontade soberana do povo normatizada na Constituição.

Antes, porém, do debate específico acerca dos limites e procedimentos relacionados à ponderação proporcional, importa estabelecer breves reflexões teóricas sobre a teoria dos direitos fundamentais e sua relação com a noção de interesse público, inclusive como elemento de base para a adequada fixação dos contornos e limites do paradigma emergente aqui delineado.

3.5.2.1 Teoria dos direitos fundamentais e interesse público: algumas considerações

O debate em torno da uma sólida teoria dos direitos fundamentais,³⁷⁶ comprometida com a construção de uma transformação

³⁷⁵ Nesse sentido: ROSA, Alexandre Moraes da; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Complexo de MacGyver e os modelos de juízes (episódio 1). Revista Eletrônica Consultor Jurídico, São Paulo, nov. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-02/diario-classe-complexo-macgyver-modelos-juiz-episodio>>. Acesso em: 16 jan. 2014; ROSA, Alexandre Moraes da. Complexo de MacGyver e os modelos de juízes (episódio 2). Revista Eletrônica Consultor Jurídico, São Paulo, nov. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-30/diario-classe-complexo-macgyver-modelos-juiz-episodio>>. Acesso em: 16 jan. 2014.

³⁷⁶ Ultrapassa os limites dessa abordagem o debate mais abrangente acerca da teoria dos direitos fundamentais. Para uma recuperação mais ampla, consultar: SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais...*, 2007; SARLET, Ingo

libertária e emancipatória dos direitos individuais, coletivos e sociais, representa uma das mais férteis e recorrentes temáticas do discurso jurídico contemporâneo. No modelo de Estado constitucional de direito, fundado em uma concepção afirmativa e substantiva de Estado social e democrático, a teoria dos direitos fundamentais desempenha uma papel de inegável centralidade, um potente elemento de defesa da esfera de direitos individuais da pessoa humana³⁷⁷ e, sobretudo, mais recentemente, fator político-normativo decisivo na promoção dos direitos sociais³⁷⁸ e na construção de uma sociedade mais justa e socialmente igualitária.

A racionalidade moderna funda a ordem constitucional a partir do ser humano, por ele autonomamente construída e para ele dirigida, uma estrutura normativa que se justifica na construção de um paradigma racional e humanista de Estado, de Direito e de sociedade, pelo qual “qualquer forma de regulação estatal não comprometida com a proteção de um núcleo de direitos fundamentais (e, logo, com o ser humano e com o cidadão), não comprometida com a ética da modernidade e sua racionalidade, não é, propriamente, uma Constituição”.³⁷⁹

Com efeito, não se pode negar que um sistema constitucional que não esteja radicalmente compromissado com uma ética humanista de defesa dos direitos fundamentais não pode sequer ser assim legitimamente entendido. Reduzir o fenômeno constitucional a um simples instrumento de governo e de economia, infenso a qualquer compromisso ético-político com os direitos fundamentais, revela traços de uma descompassada teoria neoliberal. Significa entender os direitos fundamentais não como núcleo irradiador de normatividade

Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; TORRES, Ricardo Lobo. A Constituição de 1988 e a teoria dos direitos fundamentais. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). 20 anos da Constituição cidadã: efetivação ou impasse institucional? Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 271-290; ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p. 107-312.

³⁷⁷ Para uma análise sobre a teoria dos direitos fundamentais e o princípio da dignidade humana, consultar: MATTOS, Samuel da Silva. Interpretação dos direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana. Revista da ESMESC, Florianópolis, v. 09, n. 06, p. 183-193, dez. 2000.

³⁷⁸ Na literatura jurídica latino-americana, para uma abalizada análise sobre a concretização dos direitos sociais, consultar: ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

³⁷⁹ SCHIER, *Ensaio sobre a supremacia...*, p. 221.

constitucional, mas como meras concessões submetidas à lógica econômica ou aos oscilantes padrões de vontades legislativas e governamentais. Isso corrói, inclusive, a própria concepção moderna de Constituição, fundada na limitação dos poderes constituídos, na regulação das relações individuais e sociais e na radical defesa dos direitos humanos fundamentais.

Abre-se um parêntese para dizer que, em última análise, os direitos fundamentais não podem sequer ser concebidos como as pautas de decisões políticas fundamentais de uma nação, porque isso levaria a admitir, ainda que em tese, a possibilidade de que uma nova ordem constitucional, fruto do poder constituinte originário, viesse a suprimir ou negligenciar esse projeto ético e político que resplandece como verdadeiro traço de irreversível avanço civilizatório da humanidade. Na verdade, os tratados internacionais sobre direitos humanos funcionam como trava moral, ética e política ao poder soberano de autodeterminação nacional, limitando inclusive o poder constituinte originário.³⁸⁰ Pensar diferente disso é admitir que, para além de um amontoado de discursos e teorias políticas, sociais e jurídicas, muito pouco se avançou em termos de emancipação humanística e construção civilizatória. Ainda que sob uma nova Constituição, um Estado que retroceda na defesa dos direitos fundamentais pode até ser assim designado (Estado), mas nunca reconhecido com o predicativo “Estado de direito”.

Retomando o debate, a centralidade dos direitos fundamentais funciona como o próprio parâmetro de integração e a finalidade do sistema constitucional, o fator de justificação da “criação e desenvolvimento de mecanismos de legitimação, limitação, controle e racionalização do poder. Estado de Direito, princípio da legalidade, separação de poderes, técnicas de distribuição do poder e mecanismos de controle da Administração Pública”,³⁸¹ todos estes instrumentos gravitam na órbita da proteção dos direitos fundamentais, o mais sólido

³⁸⁰ Para uma análise dos limites materiais ao poder constituinte originário, a partir dos tratados internacionais sobre direitos humanos, consultar: BARBOSA DE SÁ, Ana Paula. O poder constituinte originário e sua limitação material pelos tratados internacionais sobre direitos humanos. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, v. 1, n. 18, p. 01-24, 2010. Disponível em: <<http://www.revistadireito.uerj.br/artigos/OPODERCONSTITUINTEORIGINARIOESUALIMITACAOMATERIALPELOSTRATADOSINTERNACIONAISDEDIREITOSHUMANOS.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2014.

³⁸¹ SCHIER, *Ensaio sobre a supremacia...*, p. 222.

e histórico núcleo de legitimação do próprio Estado e do Direito na Modernidade. Nunca é demasiado recordar que são o Estado e o Direito que se legitimam e justificam a partir dos direitos fundamentais e não o contrário.

Neste contexto, questão de largo debate refere-se às restrições aos direitos fundamentais. Sobre o tema, SARMENTO sintetiza que os limites aos direitos fundamentais podem ser veiculados, basicamente, a partir de “três formas diferentes: (a) podem estar estabelecidos diretamente na própria Constituição; (b) podem estar autorizados pela Constituição, quando esta prevê a edição de lei restritiva; e (c) podem, finalmente, decorrer de restrições não expressamente referidas no texto constitucional”.³⁸²

Em sentido semelhante, SCHIER apresenta um plano mais detalhado acerca do regime de limites aos direitos fundamentais, na lógica da relação entre os direitos, liberdades e garantias fundamentais e a atividade legislativa. Desta forma, o âmbito das restrições aos direitos fundamentais deve obedecer aos seguintes parâmetros conceituais e normativos: 1. Somente são admissíveis restrições aos direitos fundamentais nos casos expressamente admitidos pela Constituição; 2. Não se pode aceitar uma cláusula geral que assegure a restrição a direitos fundamentais; 3. A restrição somente pode ser operada por atividade do próprio legislador constituinte originário ou por autorização expressa ao legislador ordinário (reserva de lei), vedada qualquer restrição pela via de regulamentos; 4. A lei restritiva não pode transferir o juízo de restrição para o campo de ação discricionária da Administração Pública; 5. A restrição autorizada somente será legítima se justificada pela necessidade de salvaguardar outro direito ou interesse fundamental também protegido pela Constituição (proibição do excesso, proporcionalidade); 6. As leis restritivas devem ter caráter geral e abstrato; e, 7. As leis restritivas devem obedecer materialmente à ordem normativa de preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais.³⁸³

Nota-se que a previsão trazida por SARMENTO no item “c” da sua síntese de restrições aos direitos fundamentais (limitações não expressamente referidas no texto constitucional) parece contrariar a indicação contida no item 1 da doutrina apresentada por SCHIER, quando defende que as restrições aos direitos fundamentais somente

³⁸² SARMENTO, *Supremacia do interesse público...*, p. 126.

³⁸³ SCHIER, *Ensaio sobre a supremacia...*, p. 221.

seriam possíveis naqueles casos expressamente admitidos pela Constituição.

Na verdade, o que o primeiro autor parece sustentar é a possibilidade de restrições não autorizadas expressamente pela Constituição, em decorrência da dinâmica e instável relação concreta de colisões entre direitos fundamentais. Assim, no caso de conflitos concretos entre direitos e interesses constitucionais, a própria ponderação entre essas disposições normativas no caso prático pode acarretar certa dose de restrição *in concreto* a determinado direito fundamental. Inclusive, o constitucionalista pátrio chega a defender que em certos casos seria preferível uma prévia restrição legislativa, fator de maior segurança jurídica e legitimação democrática à ponderação, a ficar “sempre a depender das ponderações casuísticas feitas em face das situações concretas pelo aplicador do direito, seja ele o juiz seja, pior ainda, o administrador”.³⁸⁴

O reconhecimento da possibilidade de restrições *in concreto* de direitos fundamentais, por conta de conflitos entre direitos e interesses constitucionalmente assegurados, não parece suscitar maiores questionamentos, se admitida a concretização constitucional fundada no modelo de ponderação proporcional. Por outro lado, a possibilidade de restrições abstratas a direitos fundamentais por interposição legislativa, sem a expressa autorização constitucional, somente pode ser aceita dentro de um efetivo arranjo constitucional de contenção da atividade legislativa.

Parece corrente que, mais do que um mero aplicador da Constituição, o Legislativo passa a uma atuação de conformação constitucional. Mas as limitações legislativas somente poderão ser aceitas como legítimas se materialmente conformes a todo o sistema constitucional; se imprescindíveis à salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente assegurados; se fundadas em critérios racionais, gerais e abstratos (não casuísticos); e, se assecuratórias do núcleo essencial dos direitos fundamentais restringidos.

Necessário agora um parêntese sobre a questão do núcleo essencial. No Brasil, a preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais não ostenta expressa previsão constitucional, diferente do que ocorre em outras Constituições (artigo 19.2 da Lei Fundamental alemã de 1949; artigo 18.3 da Constituição portuguesa de 1976; artigo 53.1 da Constituição espanhola de 1978). No entanto, sua aplicação encontra respaldo na doutrina nacional, quando defende que seu *status*

³⁸⁴ SARMENTO, *Supremacia do interesse público...*, p. 129.

constitucional é decorrência reflexa (implícita) da própria concepção de supremacia da Constituição, do Estado democrático de direito e da carta de direitos fundamentais albergados pelo sistema constitucional.³⁸⁵

Ainda que elevada a dificuldade da sua definição concreta, pode-se dizer que o núcleo essencial representa aquela esfera insuprimível e intocável do respectivo direito fundamental, cuja relativização acabaria por desnaturar sua própria existência e sentido. Essa concepção funciona como uma espécie de garantia de limites imanentes (“limite dos limites”), um limite à possibilidade legítima de se limitar determinado direito. Este sistema de limites imanentes à restrição aos direitos fundamentais deve ser construído a partir das bases do próprio sistema constitucional (assim considerado), das representativas barreiras das cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º da CF/88) e do modelo de Estado constitucional de direito fundante da ordem constitucional brasileira.

Retomando o debate, é importante considerar que a doutrina contemporânea tem reconhecido uma dupla dimensão dos direitos fundamentais. Afora aquela tradicional feição subjetiva, em que os direitos fundamentais são concebidos como direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, atualmente resplandece a sua perspectiva objetiva. Para além de conferirem direitos subjetivos aos particulares, os direitos fundamentais veiculam valores essenciais da ordem constitucional, a funcionar como decisões valorativo-normativas que irradiam seu caráter vinculante e diretivo a todos os poderes constituídos. Mais do que limites negativos ao Estado (vedação à ofensa), os direitos fundamentais ostentam uma dimensão positiva, a impor sua concretização a todos os poderes estatais, que ficam obrigados a promovê-los e salvaguardá-los de quaisquer ameaças tanto estatais como de terceiros.³⁸⁶

Com efeito, o regime de restrições aos direitos fundamentais precisa ser concebido a partir de uma sólida teoria dos “limites dos limites” aos direitos fundamentais.³⁸⁷ Em geral, devem ser bloqueadas as sanhas do Legislativo, da Administração Pública e até, por vezes, do

³⁸⁵ Nesse sentido: MENDES; COELHO; BRANCO, *Curso de Direito Constitucional...*, p. 319; STUMM, *O princípio da proporcionalidade...*, p. 141-142.

³⁸⁶ Sobre a temática das dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, consultar: SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais...*, p. 150-165; ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p. 107-149.

³⁸⁷ Para uma ampla análise do debate acerca dos limites aos direitos fundamentais, consultar: ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, p. 263-312.

Judiciário, no sentido de aplicar e reconhecer restrições a direitos fundamentais, inclusive em situações onde a própria ordem constitucional deixa considerável margem de certeza dos seus desígnios.

Dentro dessa temática, SARMENTO oferece um interessante exemplo, ao mencionar o artigo 5º, XII da Constituição Federal, que somente autoriza interceptações telefônicas, por ordem judicial, “para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Assim, não poderia o legislador, a qualquer pretexto, inclusive a defesa de um dito interesse público, permitir quebra de sigilo telefônico em procedimentos administrativos disciplinares ou em ações civis por ato de improbidade, por mais graves e ultrajantes que fossem as supostas ilicitudes apuradas.³⁸⁸

Ainda sobre a temática dos limites aos direitos fundamentais, outra questão recorrente e central refere-se às concepções de “mínimo existencial” e “reserva do possível”.³⁸⁹ No diálogo das limitações à defesa e promoção dos direitos fundamentais (individuais e sociais), sobretudo a partir de um ativismo judicial comprometido com a Constituição, a tese da reserva do possível pode até ser considerada, mas não como argumento limitativo daqueles direitos relacionados ao mínimo existencial, direitos prestacionais básicos à manutenção de uma vida digna, verdadeiras frações nucleares do próprio princípio da dignidade da pessoa humana.³⁹⁰

Mesmo que seja inegável a existência de limites à eficácia dos direitos fundamentais, a ordem constitucional assegura sua relação de relevo e precedência. Inclusive, nas questões relacionadas ao mínimo existencial, os direitos fundamentais assumem uma condição jurídica diferenciada, concebidos como verdadeiros direitos subjetivos definitivos, que não podem sucumbir a descontextualizados e superficiais argumentos economicistas e orçamentários.

Os limites da reserva do possível jamais podem ser admitidos como argumentos de isenção do Estado na promoção de direitos inscritos na Constituição, em especial no caso do mínimo existencial. Os cidadãos têm direito de exigir do Estado não apenas os meios e recursos

³⁸⁸ SARMENTO, *Supremacia do interesse público...*, p. 128.

³⁸⁹ Sobre a questão da reserva do possível e do mínimo existencial, consultar: SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais...*, p. 315-322; TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

³⁹⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 248.

garantidores de um “mínimo vital” (garantia da sobrevivência), mas uma sobrevivência com o mínimo de dignidade e humanidade. Um debate sobre limites à eficácia de direitos fundamentais que gravite no âmbito da garantia do mínimo existencial não pode considerar como legítimos e aceitáveis argumentos fundados na reserva do possível.

Mas o debate sobre a reserva do possível não se esgota na questão do mínimo existencial. Para as demais esferas dos direitos fundamentais importa a construção de um diálogo de contínua concretização, inclusive com base na máxima ou postulado da proporcionalidade. Isso impõe considerar tanto a dimensão das limitações fáticas ou limitações orçamentárias (a consecução do direito fundamental limitada pela comprovada insuficiência orçamentária), como a dimensão das limitações jurídicas (limite à concretização de uma política pública por conta da vinculação jurídico-orçamentária das receitas disponíveis pelo Poder Público).

Em tais circunstâncias, para ser legítima, a linha de atuação legislativa, administrativa e judicial deve ser aquela que sempre preserve, na maior medida, as possibilidades fáticas e jurídicas (ponderação proporcional), a paulatina eficácia dos direitos fundamentais. Fora desse compromisso (ético, político e normativo) de paulatina concretização dos direitos fundamentais, perde-se a bússola de legitimação constitucional e o Estado se transfigura em uma nau à deriva de ventos fortes e traiçoeiros (questões economicistas, orçamentárias e toda sorte de interesses patrimonialistas).

O regime de limites aos direitos fundamentais suplanta também qualquer concepção de supremacia abstrata do interesse público, como base normativa à restrição de direitos fundamentais. Ressoa ilógico e mesmo inadmissível o recurso a um princípio de prevalência abstrata e apriorística do interesse público, se toda e qualquer restrição a direitos fundamentais somente se funda no quadrante permissivo constitucional, ainda que pela via de interposições legislativas (gerais e abstratas), mas sempre substancialmente determinadas e previsíveis, no sentido de trazer segurança sobre a restrição aplicada (limites dos limites).

Uma cláusula de prevalência abstrata do interesse público, ainda que naqueles parâmetros da corrente reconstrutivista da teoria da supremacia, coloca-se em rota de colisão com a própria teoria dos direitos fundamentais, com o princípio democrático e com a ideia de reserva de lei, na medida em que transfere à Administração Pública, em larga medida e aprioristicamente, a casuística fixação de limites a direitos fundamentais.

A defesa e a promoção dos direitos fundamentais, se pautadas por um projeto constitucional de concretização otimizada, não se conciliam com uma cláusula apriorística de supremacia do interesse público. Conquanto se possa admitir como legítima uma situação de precedência abstrata de certo interesse público sobre um ou outro direito ou interesse individual, a justificação dessa relação de precedência deriva da própria ordem constitucional ou infraconstitucional conformadora, não de uma norma abstrata e totalizante de invariável prevalência.

Em síntese, atualmente aos direitos fundamentais são reservadas as obrigações de salvaguardar aos “particulares certos bens jurídicos considerados essenciais para a promoção da sua dignidade, e que devem por isso beneficiar-se de vigorosa proteção diante dos poderes públicos, inclusive quando estes afirmem estar perseguindo interesses da coletividade”. Desta maneira, até pela retomada humanista e pela dimensão de proeminência do princípio da dignidade humana, traços fundamentais do sistema constitucional brasileiro, impõe-se reconhecer que, “na tábua de valores constitucionais, os direitos fundamentais despontam com absoluto destaque e centralidade”.³⁹¹

Este quadro do sistema constitucional permite falar-se, inclusive, em uma autêntica relação de prioridade *prima facie* dos direitos fundamentais,³⁹² a somente ver superada sua carga de superior densidade inicial diante de justificativas capazes de suprir aquele ônus argumentativo necessário à prevalência de determinado interesse público contraposto. Uma lógica de ônus argumentativo que deve perseguir vinculativamente todos os níveis de conformação, concretização e aplicação da ordem constitucional, acompanhando as atividades de ponderação legislativa, administrativa e judicial.

3.5.2.2 Os âmbitos da ponderação de interesses e sua aplicação: ponderação constitucional, legislativa, administrativa e judicial

O método da ponderação de interesses impõe a aplicação de um procedimento racional, a fim de alcançar o resultado de concretização otimizada daqueles direitos e interesses reconhecidos pela ordem normativa vigente. Trata-se de uma atividade que deve ser dimensionada com base em uma ordem hierarquizada, a partir das balizas constitucionais.

³⁹¹ SARMENTO, *Supremacia do interesse público...*, p. 134-135.

³⁹² *Ibidem*, p. 135-136.

Desta maneira, o primeiro nível de aferição da relação de conflito é sempre o sistema constitucional e sua ordem de regras e princípios positivados. Em um segundo nível de ponderação proporcional, conduz-se ao espaço da legislação infraconstitucional e de todo o arcabouço normativo, que somente pode ser aplicado após o teste de constitucionalidade e o exercício de ponderação e harmonização ao conjunto normativo constitucional.

O espaço, por excelência, de efetiva concretização da ponderação decisória, no caso de conflitos entre interesses públicos e privados, gravita em torno do aparato da Administração Pública e sua estrutura orgânica, na sua dinâmica e precípua atividade finalística estatal de densificação do conjunto de normas constitucionais e infraconstitucionais que compõem a ordem normativa vigente. Há, ainda, o espaço da ponderação proporcional comum às decisões judiciais de concretização de direitos, com a solução de conflitos entre direitos e interesses públicos e privados contrapostos (judicialização das colisões entre interesses públicos e privados), além do amplo espectro de medidas relacionadas ao controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral.

É possível cogitar, também, da prática de atividade ponderativa, embora com as limitações inerentes às respectivas atribuições, a partir da provocação e do exercício de algumas das competências do Ministério Público (artigo 129 da CF/88), sobretudo pela via dos termos de ajustamento de conduta, das atividades de controle do Poder Público e da esfera de liberdades e direitos dos indivíduos, vinculados à promoção e à defesa de direitos fundamentais. Por fim, e com as mesmas ressalvas, há espaço para ponderação proporcional nas atividades de controle da legitimidade (juridicidade) e economicidade das atividades administrativas em geral, ao encargo dos Tribunais de Contas da União, dos Estados e dos Municípios (artigos 70, *caput* e 71 da CF/88).

Quando se debate a teoria da ponderação de interesses, uma questão preliminar diz respeito à efetiva existência de um conflito entre direitos ou interesses a ser resolvido pela máxima (postulado) da ponderação proporcional. Isto porque antes de cogitar em ponderação de interesses, importa averiguar se há um verdadeiro conflito concreto entre interesse público e interesse privado, ambos de mesma estatura constitucional.³⁹³

³⁹³ Nesse sentido: SARMENTO, *Supremacia do interesse público...*, p. 119.

O alerta para a análise preliminar da real existência de uma situação de conflito entre interesses reveste-se de redobrada relevância, se considerado o fato de que, na verdade, a relação entre os interesses públicos e privados é de complementaridade e harmonia, e não de efetivo conflito. Como já foi dito, há várias situações, inclusive, em que a defesa ou promoção de um interesse individual acaba por resultar na concretização de um interesse coletivo, e vice-versa. Pelas linhas normativas de uma Constituição Cidadã³⁹⁴ como a nacional, interesses públicos e privados muito mais convergem sob o signo de uma dialética da harmonia, do que divergem. A regra é convergência e não o conflito.³⁹⁵

³⁹⁴ Tanto aqui como em várias outras passagens do texto, a referência à difundida e até romântica expressão “Constituição Cidadã” não pode prescindir de certa dose de um juízo crítico. Ainda que sejam inegáveis os destacados e festejados vetores progressistas, libertários e emancipatórios plantados pela nova ordem constitucional, não se pode negar que a Constituição Federal acabou por agasalhar em seu seio a normatização (garantia) de uma série de interesses corporativos e organismos estatais e paraestatais, que não refletem ou se coadunam exatamente com os autênticos anseios da sociedade pela consolidação daqueles referidos vetores. Neste sentido, embora faça questão de ressaltar o caráter de abertura pluralista e democrática da constituinte brasileira, que representou um “notável exercício de participação popular”, BARROSO alerta para o fato de que, “paradoxalmente, essa abertura para todos os setores organizados e grupos de interesse fez com o que o texto final expressasse uma vasta mistura de reivindicações legítimas de trabalhadores e categorias econômicas, cumulados com interesses cartoriais, reservas de mercado e ambições pessoais. A participação ampla, os interesses múltiplos e a ausência de um anteprojeto geraram um produto final heterogêneo, com qualidade técnica e nível de prevalência do interesse público oscilantes entre extremos. Um texto que, mais do que analítico, era casuístico, prolixo e corporativo”. Em linhas semelhantes, SUNDFELD chega a promover uma crítica mais severa (e porque não dizer realista), quando adverte que a nova ordem constitucional brasileira representou muito mais uma “Constituição chapa branca” do que uma “Constituição Cidadã”, ao abrir suas portas “para o *lobby* das organizações estatais ou paraestatais mais articuladas, que acorreram com suas reivindicações de poder”. Na verdade, “os cidadãos que tiveram a atenção primária da Constituição foram policiais, fiscais tributários, militares, juízes, membros do Ministério Público, advogados públicos, defensores, professores de universidades oficiais, profissionais da saúde pública, e assim por diante”. Para análises sobre o tema, consultar: BARROSO, *O constitucionalismo democrático no Brasil...*, p. 39-41; SUNDFELD, *Direito Administrativos para céticos...*, p. 55-57.

³⁹⁵ Nesse sentido: SCHIER, *Ensaio sobre a supremacia...*, p. 234-235.

Por outro lado, a relação de conflito entre interesses públicos e interesses privados pode sim ser instalada a partir de determinada situação prática, a conduzir para o campo comum da máxima ou postulado da ponderação proporcional. Mas convém ressaltar que a Constituição Federal não alberga qualquer teoria de prevalência abstrata e absoluta, inclusive no caso dos direitos fundamentais. No sistema constitucional nacional não se pode cogitar de uma estática relação de hierarquia entre interesses públicos e privados, ainda que veiculados por meio de direitos fundamentais.

Nesta quadra, abre-se um parêntese para ressaltar a advertência formulada por SARMENTO, no sentido de que, embora a difundida doutrina dworkiniana liberal e antiutilitarista sustente uma teoria forte dos direitos, como autênticos trunfos oponíveis contra todos, inclusive contra o Estado e todas as demais pessoas, afora quaisquer diretrizes políticas (interesses coletivos), não parece que a aquarela do sistema constitucional brasileiro, prodigiosa e multicolorida na ampla defesa de interesses individuais e coletivos, todos com cores assaz vivas e destacadas, tenha amparado essa versão radical da teoria dos direitos fundamentais.³⁹⁶

Mas isso não equivale a dizer, de forma alguma, que a Constituição Federal não tenha consolidado um sólido sistema de defesa dos direitos fundamentais, verdadeiros limites políticos e jurídicos de proteção ao princípio da dignidade humana. Por certo, o sistema constitucional brasileiro vincula diretamente tanto o legislador constituinte reformador e o infraconstitucional, como a Administração Pública e o próprio Poder Judiciário, todos submetidos ao pleno respeito aos direitos fundamentais, livres de quaisquer restrições ou sacrifícios com base em concepções momentâneas de limites técnicos e orçamentários ou instáveis maiorias de ocasião, a determinar o que seja (aqui e ali) o interesse público a ser defendido. Porém, cumpre aqui saber é se essa condição privilegiada asseguraria aos direitos fundamentais, em todos e quaisquer casos, uma condição de “prevalência absoluta e integral sobre outros bens jurídicos, mesmo os revestidos de estatura constitucional, não importa em que contexto fático”.³⁹⁷

Voltando ao tema central, para aqueles casos de real conflito entre interesses públicos e privados, o espaço comum do debate

³⁹⁶ Sobre o tema, consultar: SARMENTO, *Supremacia do interesse público...*, p. 118-139.

³⁹⁷ *Ibidem*, p. 123.

ponderacionista povoa o sistema constitucional e seu vasto conjunto normativo de princípios expressa ou implicitamente positivados, a veicular os mais variados direitos e interesses constitucionalmente assegurados.

Nota-se que no parágrafo anterior não foram acrescentadas as normas do tipo regras como pertencentes ao debate ponderacionista, o que impõe um necessário esclarecimento. Conforme consolidado pela hermenêutica contemporânea, o método de ponderação proporcional tem efetiva aplicação no caso de conflitos entre princípios constitucionais e os respectivos direitos e interesses correspondentes. Portanto, tanto enquanto normas aplicáveis à maneira de um “tudo ou nada” (DWORKIN); como no sentido de normas que veiculam mandamentos definitivos (ALEXY); ou, ainda, segundo o conceito de normas de conduta que estabelecem indiretamente fins, com a prescrição em maior exatidão do comportamento devido (ÁVILA); importa considerar que o espaço comum à ponderação proporcional não é aquele das normas-regras, mas o das normas-princípios. Esta questão dos limites operativos ao modelo de ponderação proporcional e sua necessária relação de respeito às regras constitucionais e infraconstitucionais será abaixo retomada e abordada com a devida profundidade.

No âmbito da ponderação constitucional, o legislador constituinte originário dispõe de ampla liberdade jurídica para normatizar ponderações entre bens, valores, interesses e direitos, estabelecendo ordens de prevalência. Neste quadrante, um exemplo de preferência ao interesse público pode ser encontrado no artigo 5º, XXV da Constituição Federal, quando prevê que “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”. Por outro lado, há exemplos de prioridade aos interesses individuais, como prescreve o artigo 5º, XI, ao assegurar que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

Com base nos referidos exemplos, SCHIER sustenta que, enquanto no caso do “eminente perigo público”, a primazia é do interesse público, no caso do direito à inviolabilidade do domicílio, a Constituição tutela com clara preferência a privacidade do indivíduo, que somente poderá ser superada nos casos excepcionais de flagrante delito, desastre, prestação de socorro, ou seja, situações de interesse público. Assim, as eventuais “colisões são resolvidas previamente pelo constituinte originário, que pode optar pela prevalência dos interesses

privados (como parece ser o mais usual) ou pela prevalência dos interesses públicos (como parece ser a exceção em homenagem ao princípio da legalidade e do Estado de Direito)”³⁹⁸.

Vale ressaltar que, no caso da Constituição Federal, sumamente detalhista e abrangente nas suas prescrições normativas, há várias ocorrências de ponderações constitucionais, com restrições abstratas e apriorísticas de vários direitos e interesses. De fato, enquanto expressão máxima da normatividade constitucional fundante de um novo sistema jurídico-político, os limites que o poder constituinte originário conhece e reconhece são aqueles de ordem política e filosófica, mas não propriamente jurídica.³⁹⁹

Nesse sentido, a ordem constitucional pode antever e resolver, de forma definitiva e abstrata, determinados conflitos concretos entre interesses públicos e privados, a partir de uma norma explícita de restrição a determinado direito ou interesse, a exemplo do que ocorre em alguns casos de “normas de eficácia contida”, submetidas à própria contenção constitucional, conforme a célebre classificação oferecida por José Afonso da SILVA.⁴⁰⁰

³⁹⁸ SCHIER, *Ensaio sobre a supremacia...*, p. 235-237.

³⁹⁹ Para uma perspectiva crítica do poder constituinte originário como poder político e sua relação com a ideia de democracia, consultar: NEGRI, Antonio. O poder constituinte: ensaios sobre as alternativas da Modernidade. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 07-20.

⁴⁰⁰ Pela difundida classificação de SILVA, no que concerne à eficácia e à aplicabilidade, as normas constitucionais podem ser divididas em “normas de eficácia plena”, “normas de eficácia contida” e “normas de eficácia limitada ou reduzida”. As normas de eficácia plena são aquelas que detêm aplicabilidade direta, imediata e integral, sem que sua eficácia (qualidade de produzir efeitos jurídicos) dependa de qualquer legislação complementar, produzindo os efeitos desde a sua edição, como servem de exemplo os artigos 1º, 2º, 15 e 76 da Constituição Federal. As normas de eficácia contida, por sua vez, são aquelas cuja aplicabilidade é direta e imediata, mas pode não ser integral, porquanto sujeitas a restrições e limitações impostas pelo próprio texto constitucional ou pelo legislador infraconstitucional. Nas palavras de SILVA: “Normas de eficácia contida, portanto, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos à determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados”. Embora possuam aplicabilidade direta e imediata, os seus efeitos podem ser restringidos tanto pela própria Constituição (contenção ou restrição constitucional), como por normas infraconstitucionais (normas constitucionais de eficácia redutível ou restringível). Neste último caso, até que

A contenção constitucional explícita ocorre, v.g., no conhecido exemplo da restrição ao direito de propriedade garantido pelo artigo 5º, XXII da Constituição Federal, que sofre clara contenção/ruptura nos casos de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social (artigo 5º, XXIV da CF/88), situações em que a ordem constitucional assegura a justa e prévia indenização em dinheiro, com meio de compensação proporcional pelo direito restringido.

No caso da desapropriação, a ordem constitucional foi de extrema minudência, ao prever, inclusive, situações de restrição àquela compensação proporcional da indenização em dinheiro. A partir da aplicação ponderada e até harmoniosa do já referido artigo 5º, XXII (direito de propriedade) com o artigo 5º, XXIII (a propriedade atenderá a sua função social), o sistema constitucional prevê determinados casos de penalização pelo descumprimento desta última cláusula, como ocorre na desapropriação para promoção do adequado aproveitamento do solo urbano (artigo 182, § 4º, III da CF/88) e na desapropriação para fins de reforma agrária (artigo 184, *caput* da CF/88), em que o pagamento da indenização ocorre por meio de títulos da dívida pública e títulos da dívida agrária, respectivamente.

Diz-se acima que o artigo 5º, em seus incisos XXII e XXIII, representa situações de harmonização entre interesses públicos (função social da propriedade) e privados (propriedade), porque não se excluem e sim se complementam. Conforme SCHIER, na referida situação há uma autêntica “síntese dialética: a propriedade nem se presta apenas para satisfazer os interesses exclusivos do proprietário e nem tampouco

sobrevenha tal restrição infraconstitucional, tais normas gozam de eficácia plena, v.g., o artigo 5º, IV, VI, VIII e XIII da Constituição Federal. Por fim, as normas de eficácia limitada ou reduzida possuem aplicabilidade indireta, mediata e diferida, como no caso das normas definidoras de princípios institutivos ou organizativos, que dependem da emissão de norma regulamentar delineadora dos seus contornos. Enquanto não editada a norma infraconstitucional regulamentadora, sua eficácia fica pendente, ou seja, latente e diferida, como serve de exemplo o artigo 20, § 2º, 32, § 4º e 33 da Constituição Federal. Há, ainda, as normas de eficácia limitada definidoras de princípios programáticos, “aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado”. Neste sentido: SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 82-164.

justifica um sentido de coletivização ou funcionalização absoluta de sua utilização”.⁴⁰¹

Há outra situação em que o próprio legislador constituinte originário previu verdadeiro caso de confisco expropriatório, sem qualquer direito à indenização, para aquelas situações de glebas em que forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas, que passam a ser destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos (art. 243, *caput* da CF/88). Aqui, em uma radical ponderação de interesses, ante a gravidade da conduta antijurídica e lesiva aos interesses sociais e coletivos, o legislador constituinte originário – único legitimado para uma medida dessa gravidade – decidiu por suprimir integralmente o direito à propriedade, sem qualquer medida compensatória. Medidas extremas como essa, assim aniquiladoras em abstrato de um direito ou interesse, somente são admissíveis pela via da ponderação constitucional, fruto de decisão política do legislador constituinte.

Situações normativas como as do regime constitucional da desapropriação deixam uma margem reduzida para os âmbitos de ponderação legislativa, administrativa e judicial. No caso da ponderação legislativa, a margem fica limitada a um universo mais restrito de regulamentação daquelas escolhas constitucionais. Caberá ao legislador regulamentar, por exemplo, os casos de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, definir os procedimentos administrativo e judicial, os parâmetros de concretização da indenização justa, prévia e em dinheiro (Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941 e Lei n. 4.132, de 10 de setembro de 1962, ambos recepcionados pela CF/88).

Nesta circunstância, a ponderação administrativa estaria relacionada ao nível mais abrangente de concretude, comum à atividade finalística própria da Administração Pública, seus órgãos e agentes, na definição dos casos concretos de necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, ou seja, os termos e limites práticos da indenização justa, prévia e em dinheiro, tudo submetido e subsumido aos parâmetros constitucionais e infraconstitucionais. Por sua vez, à ponderação judicial, enquanto instância de revisão da atividade concreta da Administração Pública, remanesceria a instância última de solução dos conflitos decorrentes da atividade concreta de desapropriação administrativa, resolvendo quaisquer inadequadas atuações das duas

⁴⁰¹ SCHIER, *Ensaio sobre a supremacia...*, p. 237.

instâncias ponderacionistas anteriores, a fim de assegurar a fiel e otimizada observância da ordem constitucional.

Ainda sobre o tema da desapropriação, BINENBOJM descreve uma interessante situação exemplificativa. Considerada a regra constitucional da expropriabilidade de bens (públicos e privados), como ficaria o caso da desapropriação de um imóvel, por necessidade ou utilidade pública, que fosse caracterizado como bem de família, por lei impenhorável? Em uma situação como esta, caberia à Administração Pública formular um juízo de ponderação sobre o caso, a partir da norma constitucional que assegura à família especial proteção do Estado (artigo 226, *caput* da CF/88), tanto sob os aspectos fáticos (existência de outros imóveis que também atendam à finalidade pública pretendida), como sob o prisma jurídico (aparente contraposição entre a prerrogativa estatal de desapropriação e sua obrigação de proteção das entidades familiares). Se mantida a desapropriação, aqueles que se entenderem lesados nos seus interesses poderão buscar a tutela jurisdicional, com a revisão judicial do juízo ponderativo administrativo, quer para mantê-lo quer para invalidá-lo, se desconforme à Constituição e às leis ou característico de inadequada, desnecessária ou desproporcional restrição à esfera de interesses, naquele caso protegidos com prevalência pelo sistema constitucional.⁴⁰²

Numerosos e variados seriam os outros casos de possíveis conflitos de interesses, mas sem uma apriorística ponderação constitucional definitiva, a partir da restrição abstrata de um dos interesses em favor de outros. Assim, pode-se fazer referência àquelas situações em que o próprio legislador constituinte expressamente remete ao legislador infraconstitucional a atribuição de ponderação restritiva e regulamentadora daquele direito ou interesse. Este é o caso do artigo 5º, XII da Constituição Federal, quando prescreve ser “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. No mesmo sentido, pode-se referir ao artigo 5º, XIII, que assegura ser “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Há também diversos outros casos práticos, que povoam os debates diários das atividades administrativas e das decisões judiciais, aqueles em que não existe ponderação constitucional definitiva nem

⁴⁰² BINENBOJM, *Uma teoria do Direito Administrativo...*, p. 111.

expressa remissão à ponderação legislativa de regulamentação. Estes casos ensejam situações concretas de juízos de ponderação administrativa e judicial um pouco mais alargados, porquanto não subsumidos a uma estreita moldura normativa preestabelecida. Ainda assim, para todos os casos a solução pela prevalência dos interesses públicos ou privados em conflito passará pela racional aplicação do método de ponderação proporcional, levando-se em conta as circunstâncias fáticas e jurídicas reveladoras da relação de precedência. Em nenhuma hipótese, admite-se a ponderação proporcional como um exercício de revelação intuitiva de uma autoridade. Todos os juízos de ponderação somente serão legítimos se puderem remontar à ordem normativa constitucional e infraconstitucional vigente.

Do que restou consignado, em nenhuma das situações acima descritas seria justificável e mesmo juridicamente sustentável a alusão a uma norma de prevalência abstrata e apriorística dos interesses públicos sobre os privados. Como resultado, fica demonstrado a insustentabilidade lógica, epistemológica, ideológica e conceitual-normativa do paradigma tradicional da teoria da supremacia, que deve ceder espaço ao modelo da ponderação de interesses e aos vetores do paradigma emergente delineado no presente estudo.

Mas ainda são necessárias outras disposições limitativas e impositivas de obrigações insuprimíveis ao processo aplicativo da teoria da ponderação proporcional de interesses, sem as quais o referido modelo acaba por se tornar indefeso, refém de inadequados subjetivismos, insubsistentes decisionismos e até uma perigosa abertura a toda sorte de intuicionismos morais ilegitimamente fundados na autoridade daquele que conduz o processo ponderativo.

Neste quadrante, com elevada consistência teórica e preocupação prática, depois de estabelecer um sólido juízo crítico acerca do infundado e insubsistente desprestígio operativo e normativo a que vêm sendo relegadas as regras jurídicas, ÁVILA apresenta três diretrizes fundamentais à construção de um modelo de ponderação intersubjetivamente controlável e compatível com o sistema de separação de poderes, que podem ser assim descritas: 1. O respeito à força normativa das regras constitucionais imediatamente aplicáveis ao caso; 2. O respeito à força normativa das regras infraconstitucionais, se editadas nos limites da ordem constitucional; 3. O respeito a padrões

mínimos de racionalidade e justificação no processo de ponderação proporcional.⁴⁰³

Sobre a primeira diretriz fundamental ao modelo de ponderação proporcional, importa ressaltar que o processo de ponderação horizontal entre princípios constitucionais somente poderá ser estabelecido se inexistente uma regra constitucional impositiva da solução normativa para o caso concreto. A existência de uma regra constitucional imediatamente aplicável representa uma ponderação constitucional com pretensão jurídica de definitividade, que não pode ser simplesmente ignorada pela autoridade legitimada para aplicar a norma. Não se pode negligenciar a regra constitucional, sob a singela justificação de que não representa o meio mais adequado para a otimização dos princípios constitucionais ou, ainda, que todas as regras somente ganham vida operativa a partir da ponderação entre os princípios constitucionais colidentes. Isto não exclui, por outro lado, a excepcional possibilidade de o aplicador da norma, “dentro dos limites semânticos da regra e obedecendo às suas funções, interpretar a regra conforme os princípios constitucionais axiologicamente subjacentes ou a sua finalidade”.⁴⁰⁴

No mesmo sentido, se ausente uma regra constitucional imediatamente aplicável, deve-se perquirir acerca da existência de uma norma constitucional que estabeleça “a atribuição, o exercício ou a delimitação de uma competência” ao Parlamento para legislar sobre determinadas matérias. Presente a referida regra atributiva de competência legislativa, se cumprida a mediação legislativa dentro dos limites constitucionais por meio de regras jurídicas parametrizadas com a Constituição, a autoridade administrativa ou judicial deve conduzir suas decisões a partir daqueles comandos normativos infraconstitucionais. Isto não significa, por certo, negligenciar a inegável possibilidade de interpretação de regras jurídicas a partir dos princípios constitucionais, com a adoção do sentido que melhor se ajuste à ordem constitucional, a partir da justificada equalização restritiva ou ampliativa da regra normativa para o otimizado alcance da sua finalidade, havendo até a possibilidade do seu afastamento, em casos de inegável condição de extraordinariedade. Mas nunca simplesmente desconsiderar a regra

⁴⁰³ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do Direito” e o “Direito da ciência”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, n. 17, p. 01-19, jan./mar. 2009, p. 03-17. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em 23 jan. 2014.

⁴⁰⁴ Ibidem, p. 10-11.

jurídica, a partir de um juízo obscuro e ilegítimo de preferências subjetivas.⁴⁰⁵

A terceira diretriz fundamental, também absolutamente essencial à pretensão de racionalidade do paradigma da ponderação proporcional, refere-se às exigências de justificação das decisões ponderativas. Sobre a questão, se ausente uma regra constitucional ou infraconstitucional imediatamente aplicável ao caso, ÁVILA sustenta a necessária consideração de três momentos essenciais ao processo ponderativo, que são a indicação dos princípios objeto de ponderação (pré-ponderação), a ponderação em si e a sua fundamentação. Para essa fundamentação, emergem cinco elementos basilares à argumentação ponderativa: 1. As razões de justificação da preferência ponderativa de determinado(s) princípio(s) em detrimento de outro(s); 2. Os critérios usados para a definição do peso e da prevalência daquele(s) determinado(s) princípio(s) em detrimento do(s) outro(s), bem como a relação entre esses critérios; 3. O “procedimento e o método que serviram de avaliação e comprovação do grau de promoção de um princípio e o grau de restrição de outro”; 4. A “comensurabilidade dos princípios cotejados e o método utilizado para fundamentar essa comparabilidade”; 5. O conjunto de fatos relacionados ao caso que foram considerados relevantes para a ponderação e “com base em que critérios eles foram juridicamente avaliados”.⁴⁰⁶

Feitos esses necessários aportes teóricos fundamentais, justificadas as razões da necessária superação do paradigma tradicional da supremacia do interesse público e estabelecidas as bases teóricas do modelo de ponderação de interesses, torna-se imprescindível o debate acerca dos contornos e pressupostos do novo regime jurídico administrativo, fundado nos parâmetros do Estado constitucional de direito informadores do chamado paradigma emergente do Direito Administrativo.

Impõe-se, portanto, a (re)construção de uma nova disciplina jurídico-administrativa, colonizada pela fértil semente do Estado constitucional de direito, em um terreno submetido a uma nova topografia teórica (paradigma emergente), com o deslocamento daquele foco verticalizado e assimétrico de prevalência (normativa, política e filosófica) voltada ao Estado, para o novo epicentro horizontalizado pela perspectiva personalista do princípio da dignidade humana e a satisfação de seus interesses. Um regime administrativo fundado na supremacia da

⁴⁰⁵ Ibidem, p. 11.

⁴⁰⁶ Ibidem, p. 11-12.

Constituição e na noção de juridicidade administrativa, a partir da unidade estruturante composta pela trinca principiológica da dignidade humana, do Estado democrático de direito e do princípio republicano, temática central a dominar as atenções do próximo capítulo.

4 O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E O NOVO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

As últimas décadas do século XX e o limiar desse novo milênio têm servido de palco para uma profunda rediscussão das bases da metodologia constitucional e do próprio debate jurídico em geral, sobretudo a partir da consolidação do modelo de Estado constitucional de direito. No Brasil, este debate tomou alargado fôlego e abrangência desde o advento da nova ordem constitucional, agora já próximo de três décadas de um regime democrático, social e pluralista, que seguramente oferece substrato conceitual e normativo para uma ampla revisão de muitas verdades eternas (dogmas) e tradicionais institutos das mais variadas áreas do Direito, que ainda são influenciados por teorias e doutrinas típicas de um paradigma que precisa ser superado.

Este modelo político e normativo de Estado de direito inclusivo, democrático e pluralista, faz companhia a um sofisticado marco teórico, multifário e em constante mutação, mas que alcança sua unidade vocacional na pretensão de superação das teorias centrais do positivismo jurídico e na consolidação de uma nova hermenêutica constitucional.

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Conforme debatido anteriormente, são sensíveis os ventos da constitucionalização do Direito, a soprar nas mais diversas áreas do discurso jurídico nacional, inclusive no Direito Administrativo. Com a superação do paradigma tradicional da supremacia do interesse público e a densificação do paradigma emergente, o regime jurídico administrativo reclama uma redefinição dos seus princípios estruturantes e uma ampla revisão de vários dos seus conceitos e institutos conformadores, sob a batuta de uma releitura afinada aos novos ventos do personalismo constitucional.

De fato, essa terceira dimensão do constitucionalismo moderno traz uma metodologia constitucional renovada, uma nova estrutura jurídico-política que desponta sobre as bases de uma sólida teoria da supremacia da Constituição, da força normativa dos princípios constitucionais, da eficácia dos direitos fundamentais e da centralidade do princípio da dignidade humana. Tudo submetido à matriz filosófica do personalismo, que funda o deslocamento do epicentro normativo-constitucional do Estado para a pessoa humana. Estas são as bases jurídico-filosóficas em torno das quais gravitam os debates do Estado constitucional de direito e do novo regime jurídico administrativo.

As recuperações teóricas empreendidas no capítulo anterior, inclusive sobre a teoria dos princípios constitucionais, deixam transparecer a sua relação direta com a concepção contemporânea de força normativa da Constituição. Os princípios constitucionais passam a ostentar o *status* de normas de eficácia plena, com força normativa vinculante a todos os poderes constituídos e à sociedade em geral. A força do projeto constitucional depende da oxigenação daqueles princípios lastreados no corpo social. Nesta quadra, a ordenação constitucional será sempre mais efetiva e vivificada na sociedade, quanto maior a sua interação normativa com as aspirações dos cidadãos, se submetidas à blindagem de uma parametrização ética e humanista (defesa e promoção dos direitos fundamentais).

Em suma, esta paisagem de reconfiguração constitucional traz consigo a necessária superação daquela doutrina tradicional fundada no princípio da supremacia do interesse público. Um novo quadro deve ser pintado, novas são as cores dessa dinâmica e multicolorida aquarela teórica, a construir o paradigma emergente do Direito Administrativo. A superação daquele estático modelo tradicional da teoria da supremacia, lastreado na relação de prevalência abstrata e apriorística do interesse público sobre o privado, impõe também sobrelevar o seu correspondente regime jurídico administrativo, largamente instrumentalizado pela via de um engessado modelo de prerrogativas e privilégios da Administração Pública, tributário de uma concepção jurídica claramente fundada no Estado e não na pessoa humana.

Antes, porém, do debate sobre os parâmetros desse novo regime jurídico administrativo e seus princípios estruturantes, importa recuperar as bases do chamado Estado constitucional de direito e seus principais elementos de construção teórico-filosófica, o que permitirá a fixação de canais de diálogo e integração entre o fenômeno da constitucionalização do Direito e esse Direito Administrativo renovado, pela ponte jurídico-política da defesa e promoção dos direitos fundamentais.

4.2 O ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO: UM DIÁLOGO NECESSÁRIO

A concepção de Estado constitucional de direito revela um dos principais fenômenos jurídicos, políticos e filosóficos do Segundo Pós-Guerra. Erigido sobre os alicerces da teoria da supremacia da Constituição, da eficácia dos direitos fundamentais e da normatividade dos princípios jurídicos, representa elemento jurídico e ideológico de

superação das ideias positivistas hegemônicas que reinaram soberanas nas fases anteriores do constitucionalismo moderno, sobretudo até a primeira metade do século XX.

Na intenção de oferecer uma proposta de reconstrução histórica, filosófica e teórica das bases desse novo constitucionalismo, BARROSO propõe uma interessante abordagem do movimento de constitucionalização do Direito sobre aqueles três marcos fundamentais. Do ponto de vista histórico, destaca o constitucionalismo do Segundo Pós-Guerra na Europa, em especial na Alemanha e na Itália, com a redefinição do lugar da Constituição e a influência do Direito Constitucional sobre as instituições contemporâneas. No Brasil, ganha especial relevo o processo de redemocratização a partir de 1988, sob os auspícios e as promessas de uma nova ordem constitucional que, a exemplo do Moisés bíblico,⁴⁰⁷ reuniu as melhores esperanças do povo na “travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito”, condição que “tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país”.⁴⁰⁸

Do ponto de vista filosófico, o marco do Estado constitucional de direito e do neoconstitucionalismo convergem para o pós-positivismo, uma resultante dialética entre concepções do paradigma tradicional do jusnaturalismo moderno (filosofia natural do Direito) e elementos de um positivismo jurídico crítico (não dogmático), com a “superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e

⁴⁰⁷ A alusão metafórica ao Moisés bíblico, aqui recuperada, na análise dessa travessia para o constitucionalismo de terceira dimensão, deve ser entendida em um duplo sentido. Serve para fazer referência ao longo processo de transição (travessia) que representa esse movimento ainda inacabado, assim como Moisés e o povo escolhido erraram pelo deserto por longos anos. Mas serve, também, para simbolizar a metáfora de tentações e provações que podem representar as sempre ardilosas e sedutoras armadilhas de fenômenos decisionistas, pouco ilustrados ou até despreocupados com a nova hermenêutica constitucional, quase sempre desinteressados ou pouco atentos ao ônus da justificação racional, base de correção (formal e material) e legitimação do modelo ponderativo de concretização da Constituição. O povo de Deus também passou por inúmeras provações na sua travessia até Terra Prometida, adorou falsos deuses e a eles erigiu templos e imolou oferendas. Nesse sentido, consultar: ÊXODO. In: A BÍBLIA SAGRADA. Tradução ecumênica. São Paulo: Paulinas, 2002.

⁴⁰⁸ BARROSO, *Neoconstitucionalismo e constitucionalização...*, p. 234-235.

abrangente de ideias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo”.⁴⁰⁹

Importa esclarecer que pós-positivismo e neoconstitucionalismo são aqui tomados como expressões sinônimas,⁴¹⁰ a indicar um conjunto de teorias multifárias e ainda em construção, com forte expressão e lastro na cultura jurídica a partir da segunda metade do século XX. Em comum, no mais das vezes, apresentam uma recorrente repulsa ao conjunto de teses puristas e formalistas centrais às tradicionais concepções de positivismo jurídico, sobretudo no que toca à relação (se contingencial ou genética) de tensão/integração entre Direito e moral.

A bem da verdade, não há como desvincular os debates doutrinários relacionados à passagem do positivismo jurídico para o neoconstitucionalismo, das profundas mudanças sociais e econômicas do final do século XIX e do século XX, desde a superação daquele modelo de Estado liberal-abstencionista (constitucionalismo de primeira dimensão) até a consolidação de um Estado social e democrático de direito (constitucionalismo de terceira dimensão). Tome-se para considerações o modelo kelseniano de positivismo jurídico estruturalista,⁴¹¹ entendido como uma teoria jurídica em que o direito

⁴⁰⁹ Ibidem, p. 236-237.

⁴¹⁰ Para uma análise do “neoconstitucionalismo” como equivalente ao “pós-positivismo”, pode-se consultar o pensamento de Manuel Atienza. Entrevista a Robert Alexy. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 24, p. 671-687, 2001, p. 672-673. Em sentido semelhante, consultar: CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. Hermenêutica e argumentação neoconstitucional. São Paulo: Atlas, 2009, p. 25-44.

⁴¹¹ A título ilustrativo, a metodologia jurídica kelseniana parte da construção de um conceito autônomo de Direito, com a exclusão de tudo aquilo que seja comum ao seu objeto, com a concepção das normas jurídicas desvincilhadas da irracionalidade do mundo dos valores e de qualquer feição de ideologia política. Para KELSEN, a norma consiste no “sentido objetivo de dever ser” de um ato intencional dirigido à conduta de outrem, o “sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém”. Com base na distinção entre o plano do ser (mundo dos fatos) e o nível do dever ser (normas jurídicas), entende a norma como “um dever ser ao passo que o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser”. O pensamento kelseniano sustenta a relação de distinção entre Direito e moral. Primeiramente, ambas são entendidas como ordens positivas, sociais e sancionatórias, porquanto representam ordens normativas que regulam a conduta humana e prescrevem sanções (prêmios ou castigos). Entretanto, o Direito é concebido como norma social coercitiva, diferente, portanto, da norma moral, definida como ordem positiva destituída de caráter coercitivo. O caráter

positivo é único objeto da “ciência jurídica”, denegatória de qualquer relação de necessária interação entre o Direito, a moral e a política.

Uma teoria jurídica assim estruturada até pode servir a um modelo de sociedade, aquele liberal-individualista, fundado nas insuficientes e desfocadas concepções de homogeneidade política e igualdade formal jurídica. Neste contexto, até seria cabível concordar (sob o prisma lógico-normativo) que um sistema de regras jurídicas estaria mais afinado à garantia da propriedade e as liberdades públicas em geral (segurança jurídica), inclusive o liberalismo econômico (mercado). Mas isso a que preço? Ao custo de um constrangedor e autofágico *deficit* de legitimação humanística derivado de uma imperdoável superação das preocupações com a promoção de direitos e interesses sociais.

Com efeito, desde o avanço para uma concepção prestacionista de Estado social (constitucionalismo de segunda dimensão), palco efervescente dos movimentos de classe, da luta dinâmica de novos atores pelo pluralismo político, social e jurídico, já havia a construção de uma renovada atmosfera política e de um novo caldo de heterogeneidade social, forte o bastante para denunciar a necessária revisão das bases teóricas daquele discurso jurídico monolítico. Mas o ponto culminante desse processo somente eclodiria após os movimentos de autoritarismo e totalitarismo que varreram a Europa entre as terceira e quarta décadas do século XX (Nazismo, Fascismo, Stalinismo).

Neste quadrante, pode-se situar o discurso do pós-positivismo neoconstitucionalista como protagonista jurídico nessa tragédia pós-moderna de transformação sociopolítica e de emancipação humanística, contracenando com a crise de legitimidade e os problemas da indeterminação do Direito. E um dos seus principais elementos de cena são as teorias fundadas na concepção de estreita e necessária relação

coercitivo é, portanto, o traço distintivo entre o Direito e a moral na teoria kelseniana. Com base nessas questões, FREITAS sustenta que o método estruturalista da teoria kelseniana acaba impondo a separação entre Direito e moral, no sentido de que o Direito não seria necessariamente moral, o que acarreta um relativismo extremado, fazendo com que o autor rejeitasse a tese de que o Direito poderia representar uma espécie de “mínimo ético”. Para estudos mais aprofundados, consultar: BARZOTTO, Luiz Fernando. O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Editora da UNISINOS, 2001, p. 35-42; FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do Direito. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 35; KELSEN, Hans. Teoria pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 25-78.

entre Direito, moral e política, na normatividade dos princípios constitucionais, na teoria substantiva dos direitos fundamentais e na hermenêutica constitucional, vetores centrais ao constitucionalismo de terceira dimensão.⁴¹²

A compreensão da construção das bases filosóficas do neoconstitucionalismo impõe uma rápida digressão sobre algumas das concepções do constitucionalismo originário, aquele do Estado liberal ou “Estado de direito legislativo”, como prefere Gustavo ZAGREBELSKI. Neste modelo o legislador é o “senhor do direito”, do que deriva uma total confusão entre lei e Direito, típica da Modernidade. O Direito é o que está na lei e a justiça é o que a lei determina. Assim, o conceito de justiça importa à ordem moral e não à ordem jurídica. A jurisdição é pautada pela previsibilidade e segurança de um sistema fechado de regras jurídicas, guardiãs da propriedade privada e daquelas liberdades públicas caras ao “clube dos eleitos” (sociedade politicamente homogênea).⁴¹³

Mas este modelo de Estado legislativo, ainda que assecuratório de um considerável nível de segurança jurídica (sistema de regras), não poderia continuar a eternamente ignorar o insuprimível *deficit* de legitimidade do qual padecia, uma enfermidade crônica, fruto do seu insensível afastamento de quaisquer preocupações com os postulados de justiça material e igualdade substancial. A postura juspositivista de relegar à ordem moral as preocupações com os ideais de justiça e igualdade resultou em um enorme distanciamento do Direito de uma de suas funções primordiais: a consecução da justiça. Em uma paráfrase à sofisticada e poética metáfora política de George ORWELL, todos eram iguais (perante a lei), mas uns poucos (bem poucos) eram muito mais “iguais” que os outros.⁴¹⁴

Retomando a proposta retrospectiva de BARROSO, o terceiro marco fundamental para a reconstrução da noção de Estado constitucional de direito reside na perspectiva teórica, quando são

⁴¹² Para uma análise do pós-positivismo, inclusive sob variados enfoques político-jurídicos, consultar: CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 21-I, p. 209-220, 1998; BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional...*, p. 228-266; WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.

⁴¹³ ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho ductil: ley, derecho y justicia*. Traducción de Marina Gascón, Madrid: Trota, 1995, p. 21-23.

⁴¹⁴ ORWELL, George. *A revolução dos bichos: um conto de fadas*. Tradução de Heitor Aquino Ferreira. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

destacadas as três grandes transformações que “subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional”.⁴¹⁵

Pode-se afirmar que, sob a roupagem da noção de Estado social e democrático de direito, o constitucionalismo de terceira dimensão repaginou suas estruturas teóricas fundamentais. O paradigma da força normativa da Constituição propõe o abandono daquelas vestes tradicionais da dogmática legalista (dogma da sujeição à lei) e sua transfiguração na sujeição à ordem constitucional, um sofisticado e hipnotizante figurino normativo aberto de regras e princípios, que pretende cortejar a tão sonhada justiça material.

Essa nova estética constitucional acaba por já não combinar com aquela figura do legislador como “senhor do direito”, superada pelo importante (e ainda incógnito) agigantamento do papel constitucional dos juízes e tribunais, mas não como os novos “senhores do direito”, situação incompatível e irreconduzível à própria perspectiva política e normativa do constitucionalismo contemporâneo, e sim no sentido (cada vez mais inflacionado) de protagonistas na defesa e concretização dos direitos fundamentais (de liberdade e prestacionais).⁴¹⁶

Em suma, com as teorias do neoconstitucionalismo e a nova hermenêutica constitucional, vários princípios constitucionais são alçados à condição de normas estruturantes e fundamentais à ordenação constitucional. Abandona-se aquela dimensão fraca de princípios meramente programáticos e indicadores de linhas sugestivas às ações estatais e aos cidadãos, por uma teoria forte dos princípios constitucionais (pautas jurídico-axiológicas), anabolizados pela eficácia normativa e pela postura vinculativa ao Estado e aos particulares.

No Estado constitucional de direito os princípios constitucionais funcionam como verdadeiros veículos de justiciabilidade do Direito, os instrumentos de cultivo do sistema normativo pelas fecundas sementes do discurso prático (relações sociais, políticas e econômicas) e da justificação moral, reinserindo no palco central do debate jurídico aquelas esquecidas preocupações com a satisfação da justiça material. Pela via dos princípios jurídicos, as pautas valorativas, políticas, sociais e econômicas invadem a ordem normativa constitucional, reposicionando o vagão jurídico no trilho das preocupações que

⁴¹⁵ BARROSO, *Neoconstitucionalismo e constitucionalização...*, p. 238-247.

⁴¹⁶ ZAGREBELSKI, *El derecho dúctil...*, p. 150-153.

conduzem à justiça e à igualdade material. Isto representa um fator de considerável mitigação daquele insuprimível *deficit* de legitimidade do sistema, comum às doutrinas dos positivismos jurídicos de matizes dogmáticos e estruturalistas.

Nada obstante, contra as três concepções teóricas acima referidas, Dimitri DIMOULIS opõe interessantes objeções, até com a indicação da ausência de pertinência e mesmo de utilidade naqueles parâmetros de definição. Sobre a questão da força normativa da Constituição, sustenta que a “superioridade jurídica” e o “caráter material-valorativo-político” das Constituições sobre a legislação ordinária já é um fenômeno muito mais antigo, que remontaria ao início do século XIX (ou até antes disso). Prova disso seriam os exemplos de fiscalização e controle de leis inconstitucionais, o que desmistificaria a alentada relação do novo constitucionalismo com o período do Segundo Pós-Guerra.⁴¹⁷

Na questão da jurisdição constitucional e a tutela dos direitos fundamentais, embora não conteste a ampliação quantitativa do controle constitucional no Segundo Pós-Guerra, o autor sustenta que as bases da noção contemporânea de jurisdição constitucional já estariam lançadas desde o século XIX, com o sistema de controle de constitucionalidade estadunidense. Na mesma senda, adverte que a dimensão judicial (tribunais constitucionais) da tutela dos direitos fundamentais envolve muito mais uma questão de conjuntura política e institucional, havendo tribunais mais sensíveis e liberais na defesa dos direitos fundamentais, e outros mais “dóceis” ao poder político, sobretudo em Estados de feições autoritárias.⁴¹⁸

Sobre a questão da nova hermenêutica constitucional, fundada na teoria dos princípios e no método de ponderação, ainda que também não desmereça a enorme difusão dessas teorias no constitucionalismo contemporâneo, o referido autor defende que essa opção metodológica não representaria qualquer traço de inovação, podendo ser encontrada nas suas mais diversas variantes teóricas já no discurso jurídico do século XIX (“equidade”, “espírito da lei”, “analogia”, “direito livre”).⁴¹⁹

Não se pode desmerecer a qualidade das referidas objeções, sobretudo aquelas direcionadas ao fenômeno da jurisdição constitucional como traço de inovação do modelo de Estado

⁴¹⁷ DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 214-219.

⁴¹⁸ Ibidem, p. 220.

⁴¹⁹ Ibidem, p. 221-222.

constitucional de direito. Por outra quadra, parece inegável que o Segundo Pós-Guerra (para a Europa) e a atual Constituição Federal (para o Brasil) devem sim ser tomados como genuínas balizas históricas (políticas, ideológicas e humanísticas) para uma profunda e abrangente redefinição transformadora dos contornos da ordem constitucional, o que permite considerar esse caldo político, social e jurídico como um autêntico momento de ruptura para um novo paradigma constitucional, mais aberto, mais plural, mais humanista: o constitucionalismo de terceira dimensão.⁴²⁰

Na parece que seja necessário (nem possível) negar que aquelas referidas balizas históricas, filosóficas e teóricas já estariam mesmo

⁴²⁰ Sobre o papel de destaque e transformação que representou o advento da nova Constituição Federal para o discurso jurídico brasileiro, SAMENTO traz algumas interessantes considerações, a propósito das questões aqui debatidas. Nesse sentido: “O processo histórico que se desenrolou na Europa Ocidental a partir do final da Segunda Guerra, no Brasil só teve início após a promulgação da Constituição de 88. É verdade que já tínhamos controle de constitucionalidade desde a proclamação da República. Porém, na cultura jurídica brasileira de até então, as constituições não eram vistas como autênticas normas jurídicas, não passando muitas vezes de meras fachadas. Exemplos disso não faltam: a Constituição de 1824 falava em igualdade, e a principal instituição do país era a escravidão negra; a de 1891 instituiu o sufrágio universal, mas todas as eleições eram fraudadas; a de 1937 disciplinava o processo legislativo, mas enquanto ela vigorou o Congresso esteve fechado e o Presidente legislava por decretos; a de 1969 garantia os direitos à liberdade, à integridade física e à vida, mas as prisões ilegais, o desaparecimento forçado de pessoas e a tortura campeavam nos porões do regime militar. Nesta última quadra histórica, conviveu-se ainda com o constrangedor paradoxo da existência de duas ordens jurídicas paralelas: a das constituições e a dos atos institucionais, que não buscavam nas primeiras o seu fundamento de validade, mas num suposto poder revolucionário em que estariam investidas as Forças Armadas. Até 1988, a lei valia muito mais do que a Constituição no tráfico jurídico, e, no Direito Público, o decreto e a portaria ainda valiam mais do que a lei. O Poder Judiciário não desempenhava um papel político tão importante, e não tinha o mesmo nível de independência de que passou a gozar posteriormente. As constituições eram pródigas na consagração de direitos, mas estes dependiam quase exclusivamente da boa vontade dos governantes de plantão para saírem do papel - o que normalmente não ocorria. Em contextos de crise, as fórmulas constitucionais não eram seguidas, e os quartéis arbitravam boa parte dos conflitos políticos ou institucionais que eclodiam no país”. SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: _____. Filosofia e teoria constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 123-124.

presentes no período anterior ao Segundo Pós-Guerra. Algumas já coabitam (em forma) o universo do primeiro constitucionalismo (Estado liberal) e das constituições de finais do século XVIII (Constituições estadunidense em 1787 e francesa de 1791), mantendo-se, inclusive, no segundo constitucionalismo (Estado social). Mas isso não autoriza ou justifica desconsiderar ou diminuir o fato inquestionável de que os seus contornos conceituais, normativos e filosóficos somente foram eclodir, em potência e espírito de reformulação, com o advento do modelo de Estado constitucional de direito, na perspectiva substantiva do Estado social e democrático que passou a se consolidar na Europa do Segundo Pós-Guerra e, no Brasil tardio, somente com o advento da chamada Constituição Cidadã.

Sobre essas questões, STRECK chega a falar em uma autêntica “revolução copernicana provocada pelo neoconstitucionalismo”, sobretudo a partir da nova hermenêutica constitucional, uma ruptura paradigmática fundada no caráter transformador do Estado social e democrático, o que em países como o Brasil assume relevância ímpar, com a Constituição passando a gestar “no seu interior as possibilidades de resgate das promessas incumpridas da modernidade”.⁴²¹

Em suma, para uma visão panorâmica desse fenômeno de ruptura que representa o movimento de “constitucionalização do ordenamento jurídico”, ressoa conveniente recuperar a esclarecedora síntese do jurista italiano Ricardo GUASTINI, quando apresenta um quadro de condições a serem observadas em um ordenamento jurídico, para que receba o carimbo de “impregnado” pelos ventos do novo constitucionalismo: 1. Constituição rígida (escrita e com mecanismos de proteção das normas constitucionais), que albergue direitos fundamentais; 2. Garantia jurisdicional da supremacia da constituição (sistema de controle de constitucionalidade das normas jurídicas); 3. Força vinculante da Constituição, sob um conjunto de normas prescritivas e não somente programáticas (manifesto político); 4. Modelo de Constituição invasiva (*sobreinterpretación*), pela via da interpretação extensiva e que permita deduzir da ordem constitucional o seu conjunto de princípios implícitos; 5. Aplicação direta e imediata das normas constitucionais, limitadoras do poder político estatal e também regentes das relações sociais

⁴²¹ STRECK, Lenio Luiz. Ontem, os Códigos; hoje, as Constituições: o papel da hermenêutica na superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (Org.). Direito Constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 521-523.

privadas; 6. Modelo de interpretação conforme a Constituição, com o fortalecimento da ordem constitucional; 7. Influência da Constituição no debate político, que deve ser substancialmente observada na relação entre os órgãos constitucionais e todos os atores políticos, inclusive os juízes e tribunais.⁴²²

Vale ressaltar que, no modelo constitucional brasileiro, todas essas condições de constitucionalização são presenças radicais e substanciais, como servem de exemplo o sólido sistema de blindagem constitucional; a garantia da supremacia da Constituição (mecanismos diferenciados para a reforma constitucional e cláusulas pétreas); uma prodigiosa e abrangente carta de direitos fundamentais (individuais e coletivos); um amplo sistema de controle de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, mandado de injunção); afora os modelos de interpretação sistemática e interpretação conforme a Constituição (declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, interpretação conforme a Constituição).

Certamente, dentre todas as condições acima referidas, o maior *deficit* de constitucionalização no Brasil está na efetiva influência da Constituição no debate político. Ainda que o debate político-institucional tenha tomado a mídia e o cenário nacional, muitas vezes o discurso constitucional acaba sendo usado para acobertar “interesses de ocasião” e legitimar as mais egoísticas disputas entre grupos políticos. O fato de o debate constitucional estar na agenda diária da mídia, das instituições e da própria comunidade não significa (necessariamente) que se esteja levando a sério a Constituição. É necessário que o debate seja democraticamente qualificado e politicamente propositivo (inclusivo e não excludente; informativo e não deformativo). Mas isso

⁴²² Sobre a análise dessas condições de constitucionalização, GUASTINI defende que os itens 1 e 2 representam efetivas condições necessárias de constitucionalização, no sentido de que a sua ausência sequer permite conceber a ideia de constitucionalização. Por outro lado, os demais itens (3 a 7) representam condições gradativo-qualitativas de constitucionalização, no sentido de um aprofundamento da metodologia constitucional. Inclusive, os itens 3, 4 e 5 estão visceralmente vinculados, o que permite dizer que, de certa forma, “no processo de constitucionalização ‘tudo vai sendo cumprido’”. GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003, p. 50-58.

depende de um processo educativo de convivência democrática e mesmo de cultura constitucional, com vias a consolidar um discurso político-institucional que se proponha a “levar a sério” a Constituição, sobretudo em seus aspectos materiais e no cumprimento das suas promessas emancipatórias.

Todos esses renovadores ventos de constitucionalização do Direito repercutem sensivelmente na seara jurídico-administrativa.⁴²³ Neste universo, o fenômeno da constitucionalização tem operado uma verdadeira revolução transformadora, com a superação do paradigma tradicional da supremacia do interesse público e a construção do paradigma emergente, largamente influenciado pela centralidade do princípio da dignidade humana, pela teoria dos direitos fundamentais, pelo Estado democrático de direitos e pelo método de ponderação proporcional.

Na literatura jurídica nacional, cabe especial destaque à doutrina de JUSTEN FILHO, que chega a defender uma completa reestruturação da disciplina do Direito Administrativo, pela via da defesa e promoção dos direitos fundamentais. Nesta quadra, o administrativista pátrio já demonstra as tintas de sua proposição transformadora desde a definição do Direito Administrativo, que passa a ser concebido como o “conjunto de normas jurídicas de direito público que disciplinam as atividades administrativas necessárias à realização dos direitos fundamentais e a

⁴²³ Sobre o fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo, consultar: BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 31-63; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do Direito Administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 175-196; FALDINI, Cristiana Corrêa Conde. A constitucionalização do Direito Administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 261-277; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El marco constitucional del Derecho Administrativo: el Derecho Administrativo Constitucional. *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, Coruña, n. 15, p. 87-102, 2011.

organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho”.⁴²⁴

Trata-se, efetivamente, de uma redefinição de sensível ruptura com aquela tradicional concepção estatalizada do Direito Administrativo, o que abre caminho para uma ampla revisão (ou até superação) de vários institutos e conceitos conformadores do regime jurídico administrativo, uma das tônicas centrais aqui abordadas. Um modelo radicalmente firmado na defesa e promoção dos direitos fundamentais, expressão jurídica densificadora por excelência do princípio da dignidade humana.

Mas o renovado regime administrativo a ser estruturado não fica adstrito exclusivamente à centralidade da dignidade humana. Suas bases devem também dialogar e construir um espaço dialético de conjugação com as dimensões normativas decorrentes do Estado democrático de direito e do princípio republicano, trindade máxima de princípios estruturantes fundamentais, a um só passo dinâmico do edifício tradicional da teoria da supremacia do interesse público e esteios legítimos à construção do modelo de Administração Pública democrática, comum ao novo regime jurídico administrativo.

No lugar da estática lógica da supremacia abstrata do interesse público sobre o privado, constitucionalmente insustentável sob vários aspectos (lógico, epistemológico, axiológico, ideológico e normativo-conceitual), desponta um renovado e dinâmico modelo de regime jurídico administrativo, sobre as bases do princípio da dignidade humana, do Estado democrático de direito e do princípio republicano, alçados à condição de verdadeiros princípios constitucionais estruturantes da unidade sistemática do edifício jurídico administrativo.⁴²⁵ Todo este turbilhão político-normativo inserido em um amplo, difuso, aberto e complexo contexto de constitucionalização do Direito, não irradia seu potencial de renovação apenas ao Direito

⁴²⁴ JUSTEN FILHO, *Curso de Direito Administrativo...*, p. 01.

⁴²⁵ A referência aos princípios da dignidade humana, ao Estado democrático de direito e ao princípio republicano, como a trindade de princípios estruturantes do novo regime jurídico administrativo, não quer significar que estes seriam os únicos princípios estruturantes da ordem constitucional como um todo, pois outras normas podem ter reconhecida essa dimensão conceitual-normativa e política, a exemplo dos próprios princípios federativo e da cidadania. A alusão à referida trindade principiológica, aqui entendido como unidade jurídico-sistemática, justifica-se pela sua direta e genética dimensão relacional com o regime jurídico administrativo, sobretudo a partir do fenômeno da constitucionalização do Direito (constitucionalismo de terceira dimensão).

Administrativo e seus institutos, mas à integralidade do discurso jurídico contemporâneo. Essa temática será retomada abaixo, nos seus mais exatos e aprofundados contornos.

4.2.1 As teorias do neoconstitucionalismo e os contornos do paradigma emergente

O debate sobre o neoconstitucionalismo precisa estar ancorado em uma constatação essencial de que este fenômeno teórico, político e filosófico não deve ser encarado (nem se apresenta) como uma proposta acabada de teoria do Direito, com pretensões de sistematicidade e adequação.⁴²⁶ Pois, sob este rótulo multifário e ainda em construção, reúnem-se diversas doutrinas teóricas, métodos de análise e mesmo ideologias desse constitucionalismo de terceira dimensão, por vezes até entre si contraditórias. Inclusive, nem todas as suas variantes teóricas pregam a ruptura com o marco do positivismo jurídico.⁴²⁷

Ainda assim, em maior ou menor medida, este etiquetamento teórico encontra sua unidade na comunidade de concepções voltadas à consolidação de uma teoria forte de supremacia da Constituição, da normatividade dos princípios constitucionais, da eficácia dos direitos fundamentais, dos métodos de interpretação conforme a Constituição e de uma considerável dose de protagonismo judicial na concretização dos direitos fundamentais.

Com efeito, as multifacetadas concepções que conformam a metodologia constitucional e povoam o discurso jurídico contemporâneo permitem afirmar, com destacada segurança, a existência de um novo modelo de constitucionalismo, diverso dos seus antecessores, fundado na radical concepção de Estado social e democrático de direito. Este novo constitucionalismo pode ser atestado a partir de diferentes fenômenos, mas todos mais ou menos inter-relacionados, que admitem a seguinte síntese: 1. Uma nova teoria do Direito fundada na força normativa dos princípios e em um sistema aberto de raciocínio jurídico (teoria da ponderação, tópica, nova retórica, teorias da argumentação

⁴²⁶ Algumas das análises sobre o neoconstitucionalismo, aqui alinhadas, foram anteriormente realizadas em estudo específico sobre o tema. Nesse sentido: CRISTÓVAM, *Sobre o neoconstitucionalismo...*, p. 45-50.

⁴²⁷ Nesse sentido, apenas para adiantar, pode-se destacar o positivismo jurídico crítico de Luigi FERRAJOLI, que será retomado abaixo: Consultar: FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta, 2006.

etc.), em substituição ao paradigma tradicional do sistema de regras e dos mecanismos de subsunção; 2. O enfraquecimento do paradigma da legalidade (lei como centro do sistema jurídico) e a superação do culto à lei pelo culto à Constituição e aos direitos fundamentais; 3. O movimento de constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas constitucionais para todos os ramos da ordem jurídica, invadindo o debate legislativo, a atividade administrativa e o discurso judicial (Constituição invasiva); 4. A judicialização da política e o protagonismo cada vez mais acentuado dos Tribunais Constitucionais (transcendência de suas decisões), com o culto à jurisprudência constitucional; 5. As mutações constitucionais decorrentes da interpretação judicial a superar (em quantidade e relevância) as reformas constitucionais oriundas do órgão legislativo reformador; 6. A reaproximação entre o Direito e o discurso prático (normas revestidas de forte conteúdo axiológico), sobretudo pela via dos princípios constitucionais.⁴²⁸

Conforme se pode atestar pela considerável abrangência dos seus fenômenos constitutivos inter-relacionados, fica evidente que sob essa etiqueta extremamente bem sucedida de “*marketing* jurídico”, que como pólvora incendiou e se alastrou pelo debate jurídico-filosófico dos últimos anos, sobretudo na Itália, na Espanha e na América Latina,⁴²⁹ são conciliadas as mais variadas concepções do raciocínio jurídico contemporâneo. Nesse sentido, Alfonso GARCÍA FIGUEROA sustenta que os neoconstitucionalistas são “filósofos do Direito com vocação de constitucionalistas e constitucionalistas com vocação de filósofos do Direito”, com destacado relevo para as concepções do “jusnaturalismo continental mitigado” de ALEXY, do “positivismo anglo-americano

⁴²⁸ Em sentido semelhante, consultar: AGUILA GRADOS, Guido Cesar. ¿Hacia um (Neo) Neoconstitucionalismo? In: AGUILA GRADOS, Guido Cesar; CAZZARO, Kleber; SATAFFEN, Márcio Ricardo (Org.). *Constitucionalismo em mutação: reflexões sobre as influências do neoconstitucionalismo e da globalização jurídica*. Blumenau: Nova Letra, 2013, p. 26-27; SARMENTO, *O neoconstitucionalismo no Brasil...*, p. 113-114.

⁴²⁹ Na América Latina, inclusive com destaque no Brasil, a ampla difusão das teorias do neoconstitucionalismo ocorreu com a sucessiva publicação (em 2003 e 2007) de duas coletâneas de artigos, com as reflexões de renomados autores italianos, espanhóis e latino-americanos, bem como de ALEXY, organizadas pelo jurista mexicano Miguel CARBONELL. Nesse sentido: CARBONELL, *Neoconstitucionalismo(s)...*, 2003; CARBONELL, *Teoría del neoconstitucionalismo...*, 2007.

mitigado” de DWORKIN, do “ideário garantista” de FERRAJOLI e da “dogmática constitucional de ZAGREBELSKY.”⁴³⁰

A diversidade de posições jusfilosóficas e de teorias políticas é um traço indissociável das concepções de neoconstitucionalismo(s). Não existe um único neoconstitucionalismo, “que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupados sob um mesmo rótulo”.⁴³¹

Cabe aqui abrir um parêntese para apresentar uma tentativa de estruturação dessas diferentes concepções, sobretudo a partir da contraposição aos modelos de positivismo teórico, ideológico e metodológico. Pode-se partir da oposição do neoconstitucionalismo, enquanto conjunto de teorias normativas e/ou conceituais de constitucionalização do Direito em termos não positivistas, com as três principais concepções de positivismo: teórica, ideológica e metodológica.⁴³²

Deste modo, sob o rótulo de “neoconstitucionalismo teórico”, de caráter descritivo, situam-se aquelas concepções relacionadas ao modelo de ponderação e à teoria normativa dos princípios, visceralmente ligados ao paradigma da ponderação de interesses, em contraposição ao modelo positivista de subsunção normativa e do sistema de regras jurídicas. Já o “neoconstitucionalismo ideológico”, de feição normativa, propõe a superação daquele dever de obediência ao Direito comum ao positivismo ideológico. Mas há aí uma inegável contradição, porquanto, se o Direito está impregnado por um modelo de normas constitucionais que decorrem de uma relação necessária entre Direito e moral, então haveria o dever de obediência à Constituição. Por sua vez, uma versão forte do “neoconstitucionalismo metodológico” pressupõe a existência de uma relação conceitual necessária (e não contingente) entre Direito e moral, em uma intensa relação com o já referido fenômeno da constitucionalização do Direito. Mas, em uma concepção mitigada, a defesa dessa questão da vinculação necessária (conceitual) entre Direito e moral (via modelo constitucional) pode não significar que a

⁴³⁰ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. La teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003, p. 161.

⁴³¹ SAMENTO, *O neoconstitucionalismo no Brasil...*, p. 115.

⁴³² Para uma visão panorâmica do positivismo jurídico, consultar: BARZOTTO, *O positivismo jurídico contemporâneo...*, 2001.

constitucionalização do Direito seja uma propriedade comum a todos os ordenamentos jurídicos, mas que é uma “propriedade disposicional” (como o sal, que dissolve em água). Por essa versão mitigada seria possível sustentar que todos os sistemas jurídicos são compatíveis com uma tendente constitucionalidade.⁴³³

Retomando o tema central, não se pode negar que a questão do debate moral (discurso prático) no Direito é sensível ao neoconstitucionalismo, sobretudo nas suas pretensões conceituais e normativas de superação do positivismo jurídico tradicional e construção de um efetivo Estado social e democrático de direito. Embora seja um dos palcos de maiores divergências conceituais nas fileiras do neoconstitucionalismo,⁴³⁴ o discurso prático (social, político, econômico) invade em larga medida o movimento de constitucionalização do direito. Sua via invasiva opera pela força normativa dos princípios constitucionais, a partir de normas impregnadas de elevada carga axiológica, como a dignidade humana, a igualdade substancial, o Estado democrático de direito e os direitos fundamentais (individuais, coletivos, sociais).

Tanto que, a fim de oferecer uma efetiva distinção entre as concepções que povoam o cerne dessa espécie de ambiente jurídico-cultural do neoconstitucionalismo, DIMOULIS chega a reduzi-lo a um modelo de moralismo jurídico, com a afirmação de que o seu “elemento

⁴³³ Sobre o tema, consultar: GARCÍA FIGUEROA, *La teoría del Derecho...*, p. 170-176; EMERIQUE, Lilian Balmant. Neoconstitucionalismo e interpretação constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa*, v. XLVIII, n. 1 e 2, p. 353-394, 2007, p. 358-361. Para uma análise crítica desses modelos de neoconstitucionalismo teórico, ideológico e metodológico, consultar: COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: um análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 82-98.

⁴³⁴ Apenas para fazer referência a alguns dos maiores defensores da tese da conexão necessária entre Direito e moral, pode-se indicar os nomes de ALEXY e DWORKIN. Já entre os seus mais expoentes opositores estão FERRAJOLI, Susanna POZZOLO e os defensores das teorias do “positivismo jurídico crítico”. Nesse sentido, consultar: ALEXY, *Teoría de los derechos...*, 1993; DWORKIN, *Los derechos...*, 1989; FERRAJOLI, *Garantismo...*, p. 23-38; DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010, p. 104-133.

peculiar estaria na crença de que a moral desempenha um papel fundamental na definição e na interpretação do direito”.⁴³⁵

As concepções teóricas do neoconstitucionalismo permitem apontar, inclusive, uma espécie de natureza bifronte dos princípios constitucionais: por um lado, sua vagueza e indeterminação características representam claros fatores de confirmação de um modelo jurídico submetido à problemática da discricionariedade judicial; por outro, sua destacada densificação constitucional funciona como elemento de limitação àquela discricionariedade, a partir dos métodos de ponderação e do ônus da justificação racional de decisões sobre conflitos entre princípios em interesses constitucionais contrapostos (argumentação jurídica racional). Isso demonstra como o paradigma da ponderação de interesses habita a divisa nobre do debate neoconstitucionalista.

No constitucionalismo de terceira dimensão os princípios constitucionais ostentam mais um claro complexo de *Janus* (disposição dualista/dupla face). Ao passo que funcionam como travas de limitação da atuação legislativa e verdadeiro aprisionamento do legislador, ante as suas alargadas e abertas pautas de normatização, também ampliam os contornos da atividade judicial (ativismo criativo). Isso pode conduzir a dois sérios efeitos colaterais: do ponto de vista legislativo, pode agravar uma clara crise de legitimidade democrática ante o reducionismo e o desprestígio ao papel do Legislativo; do ponto de vista judicial, pode descambar para indesejáveis e incontroláveis modelos de decisionismo moralista, um dos seus mais sensíveis efeitos colaterais, para o qual a farmacologia hermenêutica ainda não encontrou um antídoto de justificação racional totalmente eficaz.

Abre-se um parêntese para dizer que, certamente, o agigantamento político e o protagonismo constitucional dos juízes e tribunais representam uma das mais severas críticas endereçadas ao neoconstitucionalismo. Critica-se o seu caráter fortemente antidemocrático, a partir da exagerada crença (quase espiritual) no Poder Judiciário como altar de concretização daqueles ideais emancipatórios, as promessas de florescimento daqueles direitos individuais e (sobretudo) sociais que enfeitam os jardins políticos e normativos das Constituições contemporâneas. Os juízes, como não são eleitos, não responderiam diretamente ao povo pelas suas decisões. Some-se a isto o fato (ainda mais grave) de que, em um sistema constitucional aberto de regras e princípios, os juízes acabam por assumir uma espécie de “poder

⁴³⁵ DIMOULIS, *Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico...*, p. 223-224.

constituente permanente”⁴³⁶ pela via dos modelos de interpretação criativa, o que permite seja a Constituição em larga medida moldada de acordo com determinadas preferências políticas e valorativas. Caminha-se para aquilo que há décadas Karl LOEWENSTEIN chamou de “judiocracia”⁴³⁷ ou, o que no Brasil está nítido e ganha contornos emblemáticos nos últimos anos, uma espécie de “supremocracia”⁴³⁸.

Estas são objeções sérias e que devem ser consideradas. Na medida em que as mais sensíveis decisões políticas passam a habitar sistematicamente os plenários dos tribunais, e não a praça pública (pelo povo diretamente) ou as Casas Legislativas (representantes eleitos), ainda que a democracia não se esgote em uma ideia de regra da maioria, há claramente um *deficit* de legitimação democrática nesse modelo. Isso sem contar o não desprezível perigo de alguns debates sobre elevadas razões de espírito político, por vezes, migrarem dos plenários para as antessalas dos tribunais.

Não se pode deixar seduzir pela relação, corrente no discurso jurídico nacional e até mimetizante, que credita ao ativismo judicial a construção de avanços emancipatórios e progressistas. É bem verdade que isto até resulta de uma correta leitura factual do fenômeno, mas é uma análise contingencial (relativa, provisória) e não normativa ou conceitual. É necessário traçar as estratégias metodológicas necessárias para manter a estabilidade institucional e democrática, para o caso de essa “nau ativista” mudar de rumo.

Por certo, em uma autêntica ordem constitucional radicalmente democrática e materialmente republicana (o que ainda é uma promessa distante em *terrae brasili*), os espaços por excelência do debate político e da construção das decisões sobre os interesses da sociedade devem ser ocupados em condomínio pelas instituições sociais, associativas e corporativas (participação popular direta, associações comunitárias, organizações não-governamentais), e pelos órgãos legislativos e administrativos. Mas, até lá, parece que a via de concretização de várias das promessas constitucionais passa por um modelo de ativismo

⁴³⁶ A expressão é de SARMENTO. Nesse sentido: SARMENTO, *O neoconstitucionalismo no Brasil...*, p. 133-135.

⁴³⁷ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970, p. 325.

⁴³⁸ O termo foi retirado de Oscar Vilhena VIEIRA. Nesse sentido: VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 483-502.

judicial, essencialmente comprometido com a tutela dos direitos fundamentais e a defesa dos interesses de minorias sociais e políticas (ativismo contramajoritário). Sua legitimação decorre do sistema constitucional (artigo 2º e 102, *caput* da CF/88) e da submissão a um sólido processo de contenção e limitação fundado no ônus da justificação racional (argumentação jurídica).

Retomando o debate crítico ao neoconstitucionalismo, sobretudo nos contornos que foram importados pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras, não se pode negar uma espécie de “*frenesi* tupiniquim” característico do principiologismo desenfreado (e até iletrado), que aplica uma variação pobre da teoria dos princípios, com uma infundada (e perigosa) dose de desprestígio às soluções normativas veiculadas por regras jurídicas, quase sempre sem maiores preocupações com uma efetiva teoria da ponderação racional (argumentação jurídica).⁴³⁹

Um falso e estático hierarquismo principialista tem levado parte do discurso jurídico, e até judicial, a pensar que os princípios sempre “valem” mais que as regras no jogo normativo, de forma abstrata e apriorística. E pior, que a existência de um direito fundado em um princípio desincumbe o ônus argumentativo, ou seja, se há um princípio a favor de determinado direito, este necessariamente preponderará. Mas a realidade é completamente inversa. O recrutamento de princípios para o debate jurídico e, sobretudo, judicial, impõe o ônus da argumentação racional. O princípio *in abstracto* é oco de força normativa, não dispõe de peso ou densidade apriorística, não é um “coringa místico” que vença todos os jogos práticos, uma espécie de chave normativa que abre todas as portas e soluciona todo e qualquer problema. Não basta alegar um princípio jurídico, impõe-se densificá-lo pela via das respectivas condições de precedência fáticas e jurídicas, inclusive justificando as razões de sua preponderância, no caso de conflitos entre direitos e interesses constitucionalmente protegidos.

No Brasil, a difundida cultura do “jeitinho” tem o poder de colonizar os mais variados espaços sociais e políticos, do que não estão imunes os discursos jurídico e judicial. Pior ainda se esta abertura da interpretação criativa toma aquele rumo “histórico” do qual se retroalimentam as estruturas de poder no país, com uma benevolente

⁴³⁹ ÁVILA levanta importantes objeções sobre este ponto e sobre outras questões relacionadas à questão do principiologismo e a ponderação decisionista, com o protagonismo judicial e a desencanto com o Poder Legislativo, bem como a primazia da justiça particular sobre a justiça geral. Nesse sentido: ÁVILA, *Neoconstitucionalismo...*, p. 03-17.

interpretação da ordem constitucional para alguns poucos “donos do poder” e uma solene indiferença ao extenso cordão de marginalizados. Em uma indesejável releitura daquele infeliz (mas realista) adágio popular, aos amigos os favores da interpretação criativa, aos inimigos os seus rigores. A par disso, suscitam-se sérias dúvidas acerca do potencial explosivo que um modelo de hermenêutica constitucional, assim menos rígido e mais maleável (com sérias tendências ao decisionismo), pode representar para o ainda instável edifício do Estado democrático de direito brasileiro.

A referência a um modelo de Estado de ponderação, em que os bens, valores, direitos e interesses devem ser conjugados a partir de um sistema constitucional aberto, onde a salvaguarda e a promoção otimizada de todos esses direitos e interesses passam por um processo de ponderação constitucional, legislativa, administrativa e judicial, não pode significar a aceitação de uma concepção de ponderacionismo decisionista fundado em qualquer lógica subjetiva (moralista) ou na autoridade da instância decisória (seja o legislador, o administrador ou o juiz).

Embora aberto e dinâmico, o paradigma da ponderação funda-se em um racional modelo jurídico axiológico-normativo (argumentação jurídica), fruto do diálogo entre o método de ponderação proporcional e o dever de justificação das decisões (argumentação jurídica). Não é possível admitir como legítima qualquer tendência a um “oba-oba” decisionista, que flerte com discursos moralistas ou lógicas de autoridade. Não se pode negar, por outro lado, que o debate jurídico brasileiro tem sido invadido por um ponderacionismo frouxo e pouco ilustrado. Um perigoso decisionismo, de rarefeita racionalidade, que tem colonizado (sobretudo) o discurso judicial. E como uma Hidra mitológica, a cada golpe teórico de contenção/limitação, este decisionismo se recompõe e fortalece com mais duas cabeças a professar a fé deste “ponderacionismo decisionista”, por vezes até criador de uma ordem normativa paralela (cada órgão administrativo ou judicial passa a ter o seu Direito, exclusivo, ilegítimo e autoritário).

Em suma, a interpretação criativa não pode tudo, sua legitimação está nos limites racionais impostos pela hermenêutica contemporânea. É necessário denunciar aqui um genuíno paradoxo: enquanto o decisionismo moralista e autoritário (fundado na autoridade de quem decide) usurpa os poderes constituintes e legislativos, a ponderação racional potencializa a concretização da ordem normativa constitucional. Este paradoxo serve para lembrar que o farol guia é sempre a Constituição e sua harmônica e sistemática aplicação otimizada, o que

pode ser legitimamente alcançado pela via do modelo racional de ponderação proporcional. Mas as críticas ao modelo ponderacionista reclamam melhores respostas, que devem ser constantemente construídas pela filosofia política e pelo discurso jurídico. Como na alegoria da Esfinge mitológica, o enigma do *deficit* de racionalidade do modelo de ponderação proporcional está posto: “decifra-me ou te devoro”!

Há, ainda, uma crítica ao profundo protagonismo que o neoconstitucionalismo confere ao movimento de constitucionalização do Direito, o que poderia levar a um esvaziamento antidemocrático e radical acanhamento das atividades do legislador ordinário. A consequência disto seria, inclusive, um claro prejuízo à autonomia política para o povo, que ficaria refém daquelas históricas decisões do constituinte originário. Por certo, muito mais do que uma carta de organização do Estado, de procedimentos para a produção de normas e de repartição das competências dos órgãos públicos, no constitucionalismo de terceira dimensão a Constituição representa a “encarnação dos valores superiores da comunidade política”, um tipo de “panconstitucionalização” que invade todos os ramos do Direito e lhes impõe uma espécie de parametrização axiológica e finalística.⁴⁴⁰

Esta não parece ser uma objeção de difícil superação, pois os mecanismos de reforma constitucional (emendas à Constituição), reforçados pelo próprio fenômeno (muitas vezes até indesejavelmente alargado) da mutação constitucional, acabam por assegurar uma considerável atualidade nas disposições normativas constitucionais. Por outro lado, parece que o movimento de constitucionalização, como efeito colateral, pode trazer uma extremada colonização das relações eminentemente privadas por uma pauta constitucional de valores homogeneizantes, uma espécie de patrulhamento constitucional do politicamente correto, a interferir e ditar os padrões dos gostos, afetos, desejos e escolhas emocionais dos indivíduos nas suas vidas privadas. A convivência equilibrada entre a constitucionalização do Direito e a manutenção de uma esfera mínima de autonomia privada do indivíduo é aquela sintonia fina que somente pode ser orquestrada a partir de uma constante e radical sinfonia de maturidade democrática e senso republicano da comunidade política.

⁴⁴⁰ As expressões são de SARMENTO. Nesse sentido: SARMENTO, *O neoconstitucionalismo no Brasil...*, p. 143.

4.2.2 O garantismo jurídico e os canais de diálogo com a teoria da ponderação de interesses

O palco do debate constitucional contemporâneo tem acompanhado e aplaudido o belo desfile da teoria do garantismo jurídico. Enquanto modelo jurídico-filosófico, o garantismo pretende superar algumas das históricas objeções àquelas concepções comuns ao positivismo jurídico dogmático, sem, por outro lado, aderir completamente a algumas outras criticadas teses centrais do neoconstitucionalismo antipositivista, situando-se assim na linha de um positivismo jurídico crítico, que no Brasil atinge crescente e considerável difusão.⁴⁴¹

Conquanto não seja aqui possível uma detida e abrangente análise da complexa teoria do garantismo jurídico e sua proposta de positivismo jurídico crítico, não se pode desconsiderar que as reflexões de FERRAJOLI oferecem um sofisticado modelo de positivismo crítico. As bases de sua teoria assentam em uma sólida limitação dos poderes públicos constituídos (Estado de direito) e na efetiva defesa dos direitos fundamentais, a partir de um modelo forte de constitucionalismo, inclusive com a clara tentativa de não incorrer em algumas daquelas objeções de *deficit* de legitimidade democrática e de decisionismo (indeterminação e insegurança), comuns ao ativismo judicial ponderacionista.⁴⁴²

Uma das principais controvérsias entre o neoconstitucionalismo antipositivista e o garantismo jurídico (positivismo crítico) repousa do debate referente às relações entre o Direito e a moral. Para a teoria do

⁴⁴¹ Sobre o tema, consultar: CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito...*, 2007; FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; GAVAZZONI, Antônio Marcos; MARCELLINO JR., Julio Cesar (Org.). *Constituição, Estado e Garantismo Jurídico: diálogos cruzados*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011; ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material: aportes hermenêuticos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

⁴⁴² Para um estudo aprofundado do garantismo jurídico, consultar: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Coord.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005; FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta, 2006; FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000.

garantismo jurídico, não há uma conexão necessária entre o discurso jurídico e o discurso prático. A ligação entre o Direito e a moral não seria necessária e sim contingente, o que dependeria da positivação ou não de valores morais pelas respectivas autoridades competentes, como, por exemplo, o poder constituinte originário.

Mas essa celeuma teórica, que guarda inegáveis implicações práticas, perde um pouco em relevância na atualidade, sobretudo se considerado o fato de que em geral as Constituições contemporâneas são prodigiosas na positivação de pautas políticas e valores morais, pela via dos princípios constitucionais. Nesta quadra, ainda que para o positivismo crítico o fundamento das normas imbuídas de conteúdo moral sempre repouse em um ato de autoridade, vencida essa questão da relação entre Direito e moral (se contingencial ou se necessária), ambos estão dispostos a concordar que os valores morais assumidos pela ordem constitucional ostentam efetivo caráter normativo.⁴⁴³

Com efeito, enquanto teoria do Direito, o garantismo jurídico tem preocupações com a tutela dos bens e direitos individuais. Com base em instrumentos de defesa dos direitos dos indivíduos, ante agressões praticadas por outros indivíduos ou pelo Estado, procura-se fixar limites e vínculos ao poder, a fim de maximizar a realização dos direitos e minimizar suas ameaças. Desta forma, procura opor-se ao autoritarismo na política (pela via da democracia substancial) e ao decisionismo no Direito (pela via do princípio da legalidade). Isto permite que se empregue o termo garantismo sob três dimensões diversas: enquanto modelo normativo de direito (Estado de direito); enquanto teoria jurídica (juspositivismo crítico oposto juspositivismo dogmático); enquanto filosofia política (que funda o Estado no reconhecimento e proteção dos direitos).⁴⁴⁴

Conforme sustenta PRIETO SANCHÍS, o traço comum ao garantismo jurídico é a sua inegável e clara postura de pessimismo com o poder, até como forma de apelar toda e qualquer modelo de autoritarismo ou totalitarismo. Isto justifica a sua profunda preocupação com a limitação do poder e a tutela das liberdades ante o exercício

⁴⁴³ SAMENTO, *O neoconstitucionalismo no Brasil...*, p. 121.

⁴⁴⁴ GASCÓN ABELLÁN, Marina. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Coord.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005, p. 21.

arbitrário do poder, a tutela dos direitos com base em um efetivo “sistema de limites e vínculos ao poder”.⁴⁴⁵

Enquanto doutrina de filosofia política, o garantismo está baseado em uma concepção instrumental do Estado, pela via de um modelo de democracia substancial e não somente formal. Para o garantismo, não interessa apenas saber quem e como se decide (limites formais). Importa, sobretudo, perquirir acerca dos limites substanciais da esfera de decisão, ou seja, sobre o que se pode (esfera do *decidível*) ou não decidir (esfera do *indecidível*) e sobre o que não se pode deixar de decidir. Desta forma, seu modelo de legitimação funda-se em um programa de democracia substancial do Estado constitucional de direito, no qual o respeito, a garantia e a efetivação dos direitos fundamentais⁴⁴⁶ funcionam como radical fator de legitimação das próprias instituições estatais.⁴⁴⁷

Com base nas regras desse modelo de democracia substancial, pode-se falar em três esferas de decisão política na teoria do garantismo jurídico: 1. A esfera do que não se pode decidir, formada por direitos de liberdade e de autonomia, obrigações de abstenção, âmbito das imunidades, cláusulas pétreas; 2. A esfera do que não se pode deixar de decidir, os direitos sociais e as prestações positivas do Estado; 3. A esfera do que se pode decidir, o legítimo exercício dos direitos de autonomia.

Este modelo das três esferas pode sofrer algumas objeções, sobretudo ante o crescente movimento de inflação constitucional e de estruturas constitucionais cada vez mais principiológicas e totalizantes, fatores que desnaturam em larga medida a relevância dessa proposta teórica. Raramente será possível defender uma autêntica esfera do que se pode decidir (liberdade do legislador), afora a dificuldade de se

⁴⁴⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis. Constitucionalismo y garantismo. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Coord.). Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005, p. 42.

⁴⁴⁶ Transcendem os limites deste estudo a análise dos direitos fundamentais na teoria do garantismo jurídico de FERRAJOLI, seu conceito e características essenciais, as quatro teses centrais (distinção entre direitos fundamentais e direitos patrimoniais; direitos fundamentais e democracia material; pretensão supranacional de grande parte dos direitos fundamentais; e, direitos fundamentais como direitos e garantias). Para uma análise aprofundada, consultar: FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2001, p. 19-34.

⁴⁴⁷ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, p. 688.

estabelecer, com segurança, os limites do que não se pode decidir e do que não se pode deixar de decidir.⁴⁴⁸

Importa ressaltar, ainda, que o modelo do garantismo (positivismo crítico) defende um verdadeiro ativismo fundado na Constituição. O juiz do garantismo já não é o escravo da lei, mas o escravo da Constituição, pelo que somente está obrigado a aplicar as leis que, além de vigentes (juízo de fato, formal), sejam também válidas (juízo de valor, substancial, material). Isso permite observar que, à semelhança do neoconstitucionalismo, no garantismo ocorre um fenômeno interessante na dialética entre o juiz e o legislador: a este, o garantismo aprisiona sob os limites da Constituição (só se pode legislar dentro dos limites constitucionais); àquele, o garantismo liberta a partir do juízo de valor (validade constitucional).⁴⁴⁹

Com efeito, não se pode negar que um modelo de positivismo crítico que reconheça aos juízes e tribunais a prerrogativa/dever de operar juízos axiológicos de validade das normas também denuncia um considerável *deficit* de segurança comum ao universo dos juízos valorativos (opinativos). Embora se possa objetar que seu subjetivismo seria menor do que aquele das teorias ponderacionistas, isso também seria algo mais especulativo que teórico, porquanto ainda não existe um “valorômetro” ou “subjetivômetro”, capaz de medir o nível de subjetividade de um juízo de validade substancial. O certo é que não se pode defendê-lo como um modelo teórico imune à colonização do discurso judicial pelas valorações subjetivas do julgador.

Abre-se aqui um parêntese para esclarecer que uma das sólidas críticas dirigidas ao garantismo jurídico refere-se, efetivamente, à ausência de uma teoria das colisões entre direitos. Neste quadrante, PRIETO SANCHÍS sustenta que o garantismo jurídico acaba por ignorar a problemática dos conflitos entre direitos e interesses constitucionais, desconsiderando assim as questões relacionadas às colisões entre princípios e a teoria da ponderação.⁴⁵⁰

Parece necessário considerar, de outro vértice, que o modelo do garantismo jurídico de FERRAJOLI não debate sobre os conflitos entre direitos e interesses constitucionalmente assegurados, sob a justificativa de que tais conflitos seriam reduzidos ou mesmo desprezíveis, se adotada uma sólida teoria dos direitos. Para tanto, pretende limitar essas situações de conflito recorrendo a uma classificação dos direitos em

⁴⁴⁸ PRIETO SANCHÍS, *Constitucionalismo y garantismo...*, p. 48.

⁴⁴⁹ GASCÓN ABELLÁN, *La teoría general del garantismo...*, p. 28-30.

⁴⁵⁰ PRIETO SANCHÍS, *Constitucionalismo y garantismo...*, p. 48.

quatro prismas: 1. direitos-imunidades ilimitados (não passíveis de conflito); 2. direitos de liberdade (que não são simples liberdades); 3. direitos sociais (limitados apenas por questões de custos); 4. direitos poder (aqueles que, efetivamente, a lei deve submeter a limites, vínculos e controles jurisdicionais de validade e licitude).⁴⁵¹

Nada obstante, ainda que não apresente uma teoria da argumentação jurídica e um modelo de solução dos conflitos entre direitos e interesses contrapostos, o garantismo jurídico reserva ao juízo de validade uma das bases do seu edifício teórico e metodológico (pressuposto necessário), um modelo que se constitui em inegável mecanismo de juízo valorativo, fator amplamente suscetível a valorações opinativas e subjetivas.

Não parece que negar ou desconsiderar a problemática dos conflitos entre direitos e interesses seja a saída teórica e metodológica mais adequada. Não se quer, por outro lado, dizer que o garantismo jurídico usa a “técnica do avestruz” para solucionar a questão. Mas, sendo o juízo de validade central à sua perspectiva teórica, não poderia prescindir de um modelo de argumentação capaz de garantir alguma racionalidade àqueles juízos de validade das normas.

Em suas reflexões mais recentes o próprio FERRAJOLI não desconsidera os inegáveis espaços de discricionariedade da jurisdição e a importância da teoria da argumentação jurídica, como instrumento de limitação voltado à “fundação da racionalidade do exercício discricional do Poder Judiciário”. Inclusive, vale ressaltar que o jurista italiano reconhece textualmente não haver sentido em “negar ou desconsiderar o papel da ponderação e, de maneira mais ampla, da argumentação na atividade de produção normativa”, fazendo referência tanto à “ponderação legislativa, que é fisiológica na esfera das decisões políticas, desde que não estejam em contraste – por comissão e por omissão – com as normas constitucionais”, como à questão da “ponderação judicial nos espaços, igualmente fisiológicos, da interpretação jurídica, que certamente são mais amplos e indeterminados quando as normas não têm a forma de regras, mas, sim, a de princípios”.⁴⁵²

⁴⁵¹ Ibidem, p. 49-51.

⁴⁵² FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 46.

Na verdade, a crítica de FERRAJOLI à teoria ponderacionista “não diz respeito ao papel da ponderação na atividade de produção do direito”, mas sim “à excessiva ampliação deste papel na atuação legislativa e na interpretação jurisdicional das normas constitucionais”, ou seja, “à excessiva dimensão empírica associada à noção de ponderação”. Ao denunciar este excessivo e indiscriminado recurso à teoria da ponderação, o autor ressalta que o ponderacionismo “terminou se transformando, nestes últimos anos, em uma espécie de bolha terminológica, tão dilatada que chegou às formas mais variadas de esvaziamento e de inaplicação das normas constitucionais, tanto no nível legislativo quanto no nível jurisdicional”.⁴⁵³

Estas críticas ao recurso excessivo e pouco ilustrado à teoria da ponderação não podem ser desconsideradas, na linha do que já foi debatido, o que acaba, por vezes, caracterizando verdadeira usurpação da autoridade das normas constitucionais e infraconstitucionais. Por outro lado, aqui reside uma das principais dificuldades de composição entre o modelo ponderacionista e a teoria do garantismo jurídico, ante a ausência de efetivas preocupações com a problemática dos conflitos entre direitos e interesses constitucionalmente assegurados.

É certo que o garantismo jurídico está fundado em uma sólida teoria dos direitos fundamentais e em uma concepção forte de democracia substancial, o que efetivamente contribui para o avanço na defesa e promoção do catálogo de direitos extraídos do sistema constitucional vigente. Mas acaba por ignorar uma situação insuprimível e recorrente: os conflitos entre direitos e interesses consagrados pela ordem normativa constitucional e infraconstitucional, o que reclama mecanismos ou métodos de ponderação capazes de oferecer parâmetros racionais à conformação dos limites formais e materiais à concretização dos direitos que compõem aquela ordem normativa.

Os conflitos entre direitos e interesses (públicos e privados), as limitações fáticas e jurídicas a sua defesa e promoção, todas essas questões não decorrem de uma análise fantasiosa ou de alguma miopia da dogmática constitucional. Elas são o resultado do próprio modelo de Estado constitucional de direito e do movimento de constitucionalização do Direito, um Estado de direito inclusivo, invasivo, dinâmico, multifário e em construção, em torno do qual gravitam todas as constelações de direitos e interesses individuais, coletivos e sociais. Por isso, há que se reconhecer que a ausência de preocupações teóricas e metodológicas com as colisões entre princípios, direitos e interesses

⁴⁵³ Ibidem, p. 47.

constitucionais, conjugadas à falta de uma teoria da argumentação jurídica, deixa transparecer efetivos traços de fragilidade do modelo teórico do garantismo jurídico, sobretudo se assumido como marco teórico do paradigma da ponderação de interesses.⁴⁵⁴

4.3 DO PARADIGMA TRADICIONAL AO PARADIGMA EMERGENTE: A NECESSÁRIA TRAVESSIA PARA O NOVO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

A superação do paradigma tradicional que funda o Direito Administrativo sobre as bases do princípio da supremacia do interesse público, com a consolidação do paradigma emergente, traz consigo a necessária reestruturação de um renovado regime jurídico administrativo. A menção a um novo regime não quer aqui significar que, abrupta e automaticamente, haverá a desconstrução dos institutos e conceitos que conformam o modelo tradicional. Nem na história da Humanidade nem na doutrina jurídica são comuns rupturas assim de abissal profundidade.

Isto porque, como ficará demonstrado, a marcha de superação do paradigma tradicional já vem em curso nos últimos anos (ou até décadas), em uma caminhada de constitucionalização silenciosa, contínua e (por vezes) até involuntária. Institutos do Direito Administrativo são remodelados, conceitos são superados, limites à atividade administrativa são estabelecidos, a jurisprudência muda o seu curso, embora tudo ocorra ainda sob um aparente reinando simbólico do princípio da supremacia do interesse público. Mas com a derrocada da teoria da supremacia, decapitado o princípio regente do paradigma tradicional nos seus aspectos lógicos, epistemológicos, axiológicos, ideológicos e conceitual-normativos, abrem-se as vias para a conclusão daquela revolução silenciosa e para a assunção do novo paradigma emergente do Direito Administrativo, com a refundação das bases da disciplina jurídico-administrativa.

A construção desse novo sistema, sensivelmente seduzido pela fenomenal constitucionalização do Direito e pelo emancipatória modelo do Estado constitucional de direito, exige que aqueles institutos e conceitos tradicionais sejam passados em revista, com a sua reconfiguração (ou mesmo supressão em casos mais traumáticos) e harmonização aos princípios estruturantes do novo regime jurídico administrativo.

⁴⁵⁴ PRIETO SANCHÍS, *Constitucionalismo y garantismo...*, p. 53.

A estruturação desse regime jurídico administrativo, submetido aos parâmetros de legitimação personalista do princípio da dignidade da pessoa humana, do Estado democrático de direito e do princípio republicano, traz à tona o debate acerca do modelo tradicional de prerrogativas e poderes da Administração Pública. Os predicados da ordem, da coerência e da unidade, comuns às concepções sistemáticas da disciplina jurídica, impõem o debate acerca da própria adequação valorativa desse conjunto de prerrogativas e poderes da Administração Pública com o regime jurídico administrativo renovado.

Antes, porém, do debate acerca do tradicional regime jurídico administrativo e a sua revisão ante a superação do paradigma da supremacia do interesse público, mostram-se necessárias algumas breves reflexões e aportes teóricos acerca da própria noção teórica de sistema jurídico, aqui entendido como sinônimo de regime jurídico ou ordem jurídica.

4.3.1 Para um conceito de regime jurídico: breves considerações

A noção de sistema jurídico ocupa um lugar de destaque como um dos temas mais discutidos e controvertidos do debate jurídico contemporâneo.⁴⁵⁵ Pela difundida concepção kantiana, o sistema pode ser caracterizado como a unidade, sob uma ideia, de conhecimentos variados ou como um conjunto de conhecimentos ordenado segundo princípios.⁴⁵⁶

Pode-se entendê-lo, pois, como um conjunto de elementos (materiais ou ideais), entre os quais se possa estabelecer alguma relação, uma estrutura organizada segundo determinados parâmetros, no sentido de uma totalidade ordenada, um conjunto de entes ligados por uma determinada ordem. Neste quadrante, BOBBIO esclarece que a noção de ordem impõe que “os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si”.⁴⁵⁷

Na verdade, do ponto de vista jurídico, há também uma destacada centralidade dos predicados da ordem e da unidade comuns ao conceito

⁴⁵⁵ Nesse sentido: CANARIS, *Pensamento sistemático...*, p. 05.

⁴⁵⁶ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de Valerio Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 141-143.

⁴⁵⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 8. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996, p. 71.

geral de sistema. Uma noção de sistema jurídico enquanto um conjunto de conceitos e institutos jurídicos que se apresentam de forma unitária e ordenada, com base em pautas (princípios) fundamentais informadoras. Aqui vale ressaltar que, embora não pacífico na doutrina, as expressões sistema jurídico, regime jurídico e ordenamento jurídico serão tomadas como sinônimas.⁴⁵⁸

As características da unidade e da ordenação são destacadas nos estudos de CANARIS, quando sustenta que a ordenação busca “exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível”, evitando a dispersão em uma multiplicidade de particularidades desconexas e permitindo a recondução baseada em alguns princípios fundamentais. Nesta quadra, defende que a “ordem interior e a unidade do Direito são bem mais do que pressupostos da natureza científica da jurisprudência e do que postulados da metodologia; elas pertencem, antes, às mais fundamentais exigências ético-jurídicas e radicam, por fim, na própria ideia de Direito”.⁴⁵⁹

Nestas breves reflexões da noção de sistema jurídico⁴⁶⁰ será enfatizado o pensamento de CANARIS, para quem a “adequação valorativa” e a “unidade interior” do ordenamento são os verdadeiros fundamentos do sistema jurídico, não apenas enquanto postulados lógico-jurídicos, mas também como resultantes diretas do reconhecido postulado da justiça (tratar o igual de modo igual e o diferente de modo diferente, na exata medida de sua diferença). Assim, “a ideia do sistema jurídico justifica-se a partir de um dos mais elevados valores do Direito, nomeadamente do princípio da justiça e das suas concretizações no princípio da igualdade e na tendência para a generalização”.⁴⁶¹

Em suma, a noção de sistema jurídico funciona como fator de consolidação da adequação valorativa e da unidade interior do Direito,

⁴⁵⁸ Para estudos aprofundados sobre o debate relacionado ao conceito de sistema jurídico e sua relação com a ideia de ordenamento jurídico, consultar: VELLUZZI, Vito. “Interpretación sistemática”: ¿un concepto realmente útil? – consideraciones acerca del sistema jurídico como factor de interpretación. Traducción de Amalia Amaya. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 21-I, p. 65-82, 1998, p. 76-80; BULYGIN, Eugenio. Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 09, p. 257-279, 1991, p. 257-265.

⁴⁵⁹ CANARIS, *Pensamento sistemático*..., p. 12-18.

⁴⁶⁰ Para uma análise panorâmica do conceito de sistema jurídico e o estudo desta temática no pensamento de autores como Hans KELSEN, Herbert L. A. HART e CANARIS, consultar: CRISTÓVAM, *Colisões entre princípios*..., p. 39-64.

⁴⁶¹ CANARIS, *Pensamento sistemático*..., p. 14-22.

sob os postulados da justiça e da igualdade, o que conduz a um sistema jurídico marcado pela inter-relação axiológica e teleológica de princípios fundamentais, de modo dinâmico, aberto e em constante diálogo com a realidade, a impor às autoridades públicas (legisladores, administradores e juízes), como função precípua, a defesa e a promoção dos princípios e objetivos fundamentais plasmados na Constituição Federal.

Na formação do conceito de sistema jurídico, o jurista tedesco sustenta a preferência operativa e teleológica da sua construção a partir dos princípios gerais de Direito com preferência a normas-regras, conceitos, institutos jurídicos e valores. Defende que um sistema de normas-regras carece daquele elemento de conexão aglutinadora, próprio dos princípios jurídicos unificadores, que raramente se deixam formular em bases normativas rígidas. Da mesma forma, um sistema de conceitos gerais de Direito, embora possível, não garante os predicados da adequação valorativa e da unidade interior, porquanto os conceitos contêm apenas mediatamente as valorações, de forma fechada, enquanto que nos princípios as valorações são imediatas e abertas. As mesmas objeções valem para o sistema de institutos jurídicos. Por fim, ainda que também possível um sistema enquanto ordem de valores, sua fluidez típica é um traço prejudicial que contrasta com o maior grau de concretização dos princípios.⁴⁶²

Esse conceito de sistema jurídico enquanto ordem teleológica de princípios jurídicos, um sistema aberto, dinâmico e histórico, caracterizado pela adequação valorativa e pela unidade interior, mostra-se plenamente compatível com os contornos do novo regime jurídico administrativo, não mais fundado em uma concepção fechada, abstrata e apriorística de supremacia do interesse público sobre o particular. Um regime administrativo aberto e dinâmico, substancialmente fundado no princípio da dignidade humana, no Estado democrático de direito e no princípio republicano, e informado pela dimensão instrumental e substancial do Estado constitucional de direito.

4.3.2 As bases do regime jurídico administrativo no paradigma tradicional

No paradigma tradicional, a centralidade do princípio da supremacia do interesse público fundamenta e estrutura todo o arcabouço teórico e normativo do regime jurídico administrativo, a

⁴⁶² Ibidem, p. 80-88.

funcionar como genuíno suporte e fonte de legitimação. Sobre as bases da referida teoria forte da supremacia, alicerçada na posição privilegiada (assimetria em relação aos particulares) do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e na sua condição de supremacia nas relações com os particulares em geral (verticalização), o paradigma tradicional constrói as linhas mestras do sistema normativo administrativo.

Pela difundida e abalizada doutrina de MELLO, do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular extrai-se diretamente uma série de prerrogativas da Administração, muitas delas verdadeiros privilégios, a saber: a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos; os prazos processuais diferenciados; a posição de ré na maior parte dos feitos judiciais, deixando aos particulares a condição de autores, com seus ônus peculiares; os prazos prescricionais especiais; as situações que decorrem da condição de verticalidade da Administração Pública ante os particulares; a constituição unilateral dos particulares em obrigações; as modificações unilaterais em contratos administrativos; a exigibilidade dos atos administrativos; a revogação unilateral dos próprios atos e sua invalidação, quando eivados de vícios (autotutela).⁴⁶³

Na mesma linha, reserva-se destacada posição estruturante também ao princípio da indisponibilidade dos interesses públicos pela Administração. Com base no referido princípio, o administrativista pátrio sustenta que os bens e interesses não são postos à livre disposição da vontade do administrador. Os interesses públicos são inapropriáveis, pelo que não estão disponíveis a quem quer que seja. Desta forma, o “próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*”.⁴⁶⁴

Em sentido semelhante, ao discutir acerca dos contornos do princípio da indisponibilidade do interesse público, CARVALHO FILHO acrescenta que por “essa razão é que os bens públicos só podem ser alienados na forma em que a lei dispuser. Da mesma forma, os contratos administrativos reclamam, como regra, que se realize licitação para encontrar quem possa executar obras e serviços de modo mais vantajoso para a Administração”.⁴⁶⁵

Do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos pela Administração decorrem, segundo a doutrina tradicional, os fundamentos de legitimação para os princípios da legalidade, finalidade,

⁴⁶³ MELLO, *Curso de Direito Administrativo...*, p. 58-62.

⁴⁶⁴ *Ibidem*, p. 62.

⁴⁶⁵ CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo...*, p. 35.

razoabilidade, proporcionalidade, motivação, responsabilidade do Estado, continuidade do serviço público, controle administrativo, isonomia, publicidade, inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos e do controle jurisdicional dos atos administrativos.⁴⁶⁶

Na mesma senda doutrinária, DI PIETRO sustenta que o regime administrativo resumir-se-ia basicamente a duas ideias-chave: prerrogativas e sujeições. O regramento jurídico administrativo gravitaria em torno daquela originária oposição binomial das ideias de liberdade do indivíduo e autoridade da Administração (liberdade/autoridade), o que justificaria ao aparato estatal um conjunto extravagante (ao Direito Privado) de restrições e prerrogativas. Em uma verdadeira bidimensionalidade da assimetria relacional (verticalização Estado/particular), as restrições serviriam para assegurar a liberdade do indivíduo, sobretudo a partir da obediência ao primado da legalidade administrativa. As prerrogativas garantiriam a autoridade necessária à exata consecução de seus fins, sob o pálio do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.⁴⁶⁷

Convém ressaltar que, no paradigma tradicional do Direito Administrativo, entre todos os demais, o princípio da legalidade ostenta um papel de elevada centralidade e destaque, como autêntica “diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita”.⁴⁶⁸ Nesse sentido, a perspectiva da legalidade administrativa “implica subordinação completa do administrador à lei. Todos os agentes públicos, desde o que lhe ocupe a cúspide até o mais modesto deles, devem ser instrumentos de fiel e dócil realização das finalidades normativas”.⁴⁶⁹

Por outro lado, a superação da teoria da supremacia, tanto nos contornos fortes delineados pelo paradigma tradicional como pela corrente reconstrutivista (teoria fraca da supremacia), somada ao

⁴⁶⁶ MELLO, *Curso de Direito Administrativo...*, p. 62-64.

⁴⁶⁷ Eis, conforme DI PIETRO, os dois princípios fundamentais do Direito Administrativo (legalidade administrativa e supremacia do interesse público), sob os quais se construiriam todos os demais. Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 78-81.

⁴⁶⁸ CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo...*, p. 19.

⁴⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Legalidade, motivo e motivação do ato administrativo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano 20, n. 90, abr./jun. 1989, p. 57-58.

fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo, representam uma clara e alargada desnaturação da concepção tradicional de regime jurídico administrativo, inclusive no que concerne à destacada proeminência normativa e centralidade operativa da legalidade administrativa.

O fundamento do sistema de regras e princípios da disciplina jurídico-administrativa não reside em qualquer noção fraca ou forte de supremacia do interesse público, mas na própria estrutura normativa constitucional. Afasta-se o centralismo estatal, típico do modelo assimétrico de prerrogativas e privilégios da Administração Pública, com a colonização da disciplina administrativa pela doutrina personalista e estruturante do princípio da dignidade da pessoa humana, do Estado democrático de direito e do princípio republicano.

Esta virada metodológica no regime jurídico administrativo, impulsionada de forma indelével pela constitucionalização de um Direito Administrativo de igualdade e não-discriminação apriorística, já foi antevista por JUSTEN FILHO, que desde a primeira edição do seu “Curso de Direito Administrativo” define o regime jurídico administrativo como o “conjunto de normas jurídicas que disciplinam o desempenho de atividades e de organizações de interesse coletivo, vinculadas direta ou indiretamente à realização dos direitos fundamentais, caracterizado pela ausência de disponibilidade e pela vinculação à satisfação de determinados fins”.⁴⁷⁰

A toda evidência, os direitos fundamentais passam a habitar o salão nobre desse regime jurídico administrativo renovado,⁴⁷¹ redesenhado pelo fenômeno da constitucionalização da disciplina jurídico-administrativa e multicolorido pelos novos matizes da dignidade humana, do Estado democrático de direito e do princípio republicano, trinca principiológica estruturante que funda a unidade interior e a adequação valorativa desse novo Direito Administrativo constitucionalizado.

⁴⁷⁰ JUSTEN FILHO, *Curso de Direito Administrativo...*, p. 48.

⁴⁷¹ Para uma análise da centralidade dos direitos fundamentais no processo de interpretação/aplicação das normas de Direito Administrativo, consultar: ZANOTELLI, Maurício. A compreensão dos direitos humanos com condição de possibilidade para interpretar o Direito Administrativo: um vir-à-fala hermenêutico. In: SILVA, Maria Teresinha Pereira; ZANOTELLI, Maurício (Coord.). *Direito e Administração Pública: por uma hermenêutica compatível com os desafios contemporâneos*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 41-62.

4.3.3 O novo regime jurídico administrativo: a superação da vinculação à legalidade administrativa pela vinculação à juridicidade administrativa

A atmosfera favorável à superação da tradicional dogmática jurídico-administrativa, com a construção de um renovado regime jurídico administrativo, vem sendo formada desde a eclosão do fenômeno de constitucionalização do Direito. No Brasil, pode-se dizer que a sua afirmação está diretamente relacionada ao advento da Constituição Federal e todo o seu alvissareiro processo sociopolítico de abertura democrática, a espalhar reflexos e ramificações nas mais diversas áreas da vida política, social, econômica e jurídica da nação.

A abertura constitucional trouxe à vida dogmática brasileira um denso e abrangente movimento de constitucionalização do regime jurídico administrativo, com a conjugação de parâmetros normativos que asseguram a edificação de um autêntico bloco normativo de Direito Administrativo constitucional, a representar a verdadeira espinha dorsal do sistema axiológico de limitações, parametrizações e regulamentações diretamente vinculativas da atividade administrativa.

A nova ordem constitucional faz transparecer ainda mais, e com destacada evidência, um fenômeno recorrente e universal, a crise da lei e da noção de legalidade como instrumentos reitores das comunidades políticas nos Estados democráticos contemporâneos. Esta crise da lei formal pode ser vista, primeiramente, sob um prisma filosófico-estruturalista, a revelar inclusive um denso desgaste do próprio modelo de democracia representativa, com um generalizado *deficit* de legitimidade dos órgãos parlamentares. Há, também, um aspecto normativo-funcional, relacionado ao desencanto e ao desprestígio da lei como fonte reguladora das condutas exigíveis das pessoas em geral e do Estado. Já não se crê na lei como uma profissão de fé, a sacrossanta síntese cristalina e racional expressão da vontade geral, nem como máxima fonte de regulação da vida pública ou privada.⁴⁷²

Para uma análise mais abrangente da referida crise da noção de lei, com destaque para a sua dimensão de legalidade administrativa, BINENBOJM faz referência a cinco razões básicas, a começar pela questão fática decorrente da chamada inflação legislativa. A vertiginosa proliferação de leis, típica dos modelos jurídicos romano-germânicos, potencializada pelo mito positivista da completude do ordenamento

⁴⁷² Nesse sentido: BINENBOJM, *Uma teoria do Direito Administrativo...*, p. 125.

jurídico e pelo agigantamento funcional do Estado social de direito, trouxe consigo uma espécie de banalização da lei, com uma considerável perda da sua centralidade e do seu poder simbólico. Na intenção de regular todos os aspectos das relações públicas e privadas, a inflação legislativa acabou por tornar impossível o conhecimento das leis, sacrificando uma das suas mais caras e importantes funções operativas, a promessa de certeza e segurança jurídica.⁴⁷³

Outra razão para a perda da centralidade da lei remete a uma triste e mesmo horrenda constatação histórica. Edificada como a expressão máxima da racionalidade, fator de limitação a todo e qualquer abuso de poder pelos homens, a história demonstrou que, para muito além de reproduzir quadros de profunda injustiça, a lei pode ser fundamento de legitimação para a própria barbárie humana, a exemplo dos modelos legalistas dos Estados nazi-fascistas que devastaram a Europa na primeira metade do “breve século XX”.⁴⁷⁴ A lei não deu conta de refrear aquele signo de banalização do mal retratado por ARENDT na sua análise sobre os modelos totalitários de poder, produtores de algumas das mais profundas e vergonhosas cicatrizes da Humanidade.⁴⁷⁵ A dimensão formalista de validade das leis acabou por sepultar aquela “aura de superioridade moral que havia incorporado com a Revolução Francesa”, o que permite falar em uma verdadeira “*dessacralização da lei*”, pois a história provou que ela pode ser o veículo da injustiça e da falta de liberdade”.⁴⁷⁶

Há, ainda, outra forte razão de cunho filosófico, axiológico e normativo para a derrocada da lei na sua feição de proeminência como fonte do Direito, diretamente relacionada àquela indicada razão histórica, o que pode ser descrito como o fenómeno da constitucionalização do Direito. O constitucionalismo de terceira dimensão, típico dos modelos de Estado social e democrático de direito, acaba por representar o somatório axiológico-normativo das esperanças de justiça, liberdade e igualdade das comunidades políticas

⁴⁷³ Ibidem, p. 127-128.

⁴⁷⁴ A difundida expressão é do historiador e filósofo inglês Eric HOBSEBAWM, quando traça uma qualificada análise das várias utopias totalitárias que varreram a Europa do século XX. Nesse sentido, consultar: HOBSEBAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX (1914-1991)*. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed. 26. tir. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

⁴⁷⁵ Nesse sentido, ver: ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo Tavares. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

⁴⁷⁶ BINENBOJM, *Uma teoria do Direito Administrativo...*, p. 128-129.

contemporâneas. A derrocada da lei formal, como fator máximo de limitação do poder e barreira à barbárie humana, faz nascer um novo culto e uma nova profissão de fé, a fé na Constituição.

O fenômeno da constitucionalização do Direito provoca, na seara do Direito Administrativo, um interessante e sofisticado movimento de substituição da legalidade, como fonte reitora da disciplina jurídico-administrativa, pela própria Constituição, fator de verticalização e direta parametrização normativa da atuação administrativa. Como identifica OTERO, a “substituição da lei pela Constituição no fundamento do agir administrativo não ocorre apenas ao nível da definição das regras de competência dos órgãos da Administração Pública, observando-se que também a própria atividade administrativa passa a encontrar no texto constitucional o critério directo e imediato de decisão”.⁴⁷⁷

O fenômeno de verticalização e aplicação direta da Constituição pela Administração Pública, sem qualquer mediação legislativa (*interpositio legislatoris*), acaba por instituir uma autêntica substituição da normatividade da lei pela normatividade da Constituição, a representar a quebra daquele mito tradicional da onipotência da lei em face da Administração. A lei deixa de ser o único fundamento do agir administrativo. Nem o único nem o mais importante. Seu posto é tomado pela normatividade constitucional, o sistema de regras e princípios que incidem diretamente e funcionam como fator de justificação e legitimação do agir administrativo, o que OTERO define como “a ideia de uma osmose entre a Constituição e a lei que transforma aquela em norma habilitante do exercício da actividade administrativa”.⁴⁷⁸

Sobre o tema, CANOTILHO também faz referência a situações em que a atividade administrativa funda-se diretamente na Constituição, no sentido de que “a precedência e a prevalência da Constituição substituem a precedência e a reserva vertical da lei”, ou seja, “a reserva vertical de constituição substitui a reserva vertical de lei”, sendo que a Constituição passa a fundamentar diretamente o agir administrativo, o que abre o caminho a uma espécie de “*legalidade sem lei*”.⁴⁷⁹

Em suma, a disposição da Constituição como perspectiva normativa direta e imediata da tomada de decisões pelo administrador público opera uma verdadeira revolução copernicana na dogmática jurídico-administrativa. Da estática e (no mais das vezes) fechada

⁴⁷⁷ OTERO, *Legalidade e Administração Pública...*, p. 740.

⁴⁷⁸ Ibidem, p. 733-735.

⁴⁷⁹ CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 840.

legalidade administrativa para a dinâmica, aberta e altamente complexa normatividade constitucional. Fica clara a diminuição daquela posição passiva do agente público, como mero executor das decisões político-legislativas, na medida em que assume uma vocação muito mais ativa, enquanto agente responsável pela densificação na normatividade constitucional, a partir de um processo de concretização ponderativa daqueles direitos e interesses assegurados pelo legislador constituinte.

A aplicação ponderativa da Constituição amplia sobremaneira a complexidade da atuação administrativa, sobretudo naqueles casos de decisões discricionárias, que passam a figurar integralmente submetidos à vinculação constitucional, ao conjunto de regras e princípios que compõem o bloco de normatividade constitucional.

Neste quadrante, OTERO chama a atenção para a questão do dever da Administração na defesa e promoção dos direitos fundamentais, independentemente da existência de mediação legislativa (*interpositio legislatoris*), a partir dos seguintes parâmetros: 1. A ausência de lei não exime ou impede os órgãos administrativos da implementação das atividades necessárias a sua consecução; 2. Mesmo existindo lei, as normas constitucionais servem como critério imediato de interpretação, integração e aplicação das normas pela Administração, sobretudo naqueles casos de exercícios de atividades discricionárias, concretização de conceitos indeterminados ou cláusulas gerais; 3. No caso de leis ostensivamente violadoras de direitos fundamentais, a Administração está vinculada à Constituição, pelo que as normas sobre direitos fundamentais são aplicadas “contra a lei e em vez da lei”; 4. A atividade administrativa violadora do conteúdo essencial de um direito fundamental é nula, ante a vinculatividade direta e imediata da Administração “às normas sobre direitos fundamentais”.⁴⁸⁰

Como visto, a Administração Pública passa a uma direta vinculação ao cumprimento daqueles direitos e interesses definidos pelo legislador constituinte, sobretudo no caso dos direitos fundamentais (individuais e sociais), que a um só tempo funcionam como referencial normativo imediato para a atividade administrativa e também seu fator de validade constitucional e legitimação política. Na adequada síntese de BINENBOJM, “a atuação administrativa só será válida, legítima e justificável quando condizente, muito além da simples legalidade, com o sistema de princípios e regras delineado na Constituição, de maneira geral, e com os direitos fundamentais, em especial”.⁴⁸¹

⁴⁸⁰ OTERO, *Legalidade e Administração Pública...*, p. 740-741.

⁴⁸¹ BINENBOJM, *Uma teoria do Direito Administrativo...*, p. 132.

Outra razão da crise da lei formal refere-se à atual rivalidade e concorrência de outros atos normativos infraconstitucionais, capazes de servir de fundamento à atividade administrativa. Nesse sentido, pode-se apontar a sistemática das medidas provisórias (artigo 62 da CF/88), que no Brasil ganha ares de genuína inflação e invasão normativa do Executivo; a previsão de leis delegadas (artigo 68 da CF/88), na verdade um instituto pouco usado pelo Executivo; o cada vez mais ampliado e alargado campo da atividade normativa regulamentar da Administração, tanto pelo Chefe do Executivo (artigo 84, IV e VI da CF/88), como por autoridades administrativas independentes (poder normativo das Agências Reguladoras).⁴⁸² Todas essas situações levam ao que BINENBOJM chama de paradigma da “‘quase delegação’ legislativa”, uma espécie de “doutrina da deslegalização” que representa “um dos mais claros sinais de erosão da lei formal como condição da atuação administrativa”. A rapidez com que os quadros econômicos e sociais se formam e reformam traz firme a exigência por celeridade nas respostas políticas do Estado, que devem vir acompanhadas por uma célere dinâmica normativa, sendo que este “clamor por velocidade e eficiência é bastante explícito no direito administrativo econômico, preocupado com uma eficiente atuação regulatória do Estado”.⁴⁸³

Uma última razão para a crise da lei formal diz respeito à fragilidade e à falta de independência dos órgãos parlamentares, que acabam por se deixar seduzir completamente pela ação política do Executivo, quer por meios legítimos de controle quer por aqueles métodos “menos ortodoxos” que povoam os noticiários jornalísticos da cena política. Neste quadrante, sobre os mecanismos normativos, não se pode desconsiderar a força político-institucional conferida ao Poder Executivo pela via do mecanismo constitucional de reserva de iniciativa legislativa para uma série de relevantes matérias (artigo 61, § 1º e artigo 63 da CF/88), o que define em larga medida a pauta do Legislativo. Há, ainda, os pedidos de urgência e trancamentos de pauta, inclusive no caso

⁴⁸² Sobre o poder normativo das Agências Reguladoras, consultar: BRUNA, Sérgio Varella. Agências Reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e poder normativo. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, n. 9, p. 01-13, fev./abr. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-JOSE%20CARVALHO.pdf>>. Acesso em 03 fev. 2014.

⁴⁸³ BINENBOJM, *Uma teoria do Direito Administrativo...*, p. 132-133.

de não deliberação sobre medidas provisórias (artigo 64, §§ 1º e 2º e artigo 62, § 6º da CF/88).⁴⁸⁴

O Poder Executivo acaba, na prática, por ditar o compasso e traçar os conteúdos da agenda parlamentar. Isso sem contar as estratégias políticas, mais do que recorrentes nas últimas décadas da vida pública brasileira, com a formação de sólidas bases parlamentares alinhadas ao governo, o que assegura a aprovação de praticamente todo e qualquer projeto governamental. Em última análise, o chamado fenômeno do “presidencialismo de coalizão”,⁴⁸⁵ que dá vazão às mais criativas e absurdas alianças político-partidárias, nem sempre direcionadas à efetiva concretização de alvissareiros projetos para a nação, mas para atingir soluções momentâneas e aplacar sanhas mesquinhas e egoísticas, acaba por recuperar vivamente um traço daquela genética autoritária do legalismo administrativo.

Se as casas legislativas são amesquinhas e reduzidas à condição de meros estágios de passagem (legitimação formal-procedimental) para projetos governamentais, a lei passa a ser expressão quase que original da vontade do Executivo, o que faz sucumbir ao extremo e ofende o próprio núcleo essencial daquele tão propalado e tão pouco refletido princípio da separação de poderes. Nunca reverberou com tamanha presença aquela “genética autoritária” do Direito Administrativo, se operado a partir do princípio da legalidade administrativa. Na adequada síntese de OTERO, a “legalidade administrativa vinculativa da Administração Pública é, cada vez mais, o simples produto da vontade política do executivo que é imposta ao parlamento pela sua maioria partidária ou, em alternativa, é emanada pelo próprio executivo no exercício de poderes legislativos”.⁴⁸⁶

Por todas essas razões, não há mais como conceber o agir administrativo a partir do entronamento solitário do princípio da legalidade como parâmetro de estrita vinculação positiva à lei. O Estado constitucional de direito reflete uma Administração Pública vinculada de

⁴⁸⁴ Ibidem, p. 134-135.

⁴⁸⁵ Sobre a problemática do chamado “presidencialismo de coalizão” no Brasil, consultar: ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. *Presidencialismo de Coalizão: o dilema institucional brasileiro*. Revista Dados – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 05-34, 1988; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Presidencialismo de coalizão, um velho dilema brasileiro*. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, São Paulo, mai. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-18/diario-classe-presidencialismo-coalizao-velho-dilema-brasileiro>>. Acesso em: 02 fev. 2014.

⁴⁸⁶ OTERO, *Legalidade e Administração Pública...*, p. 146.

forma aberta, complexa e dinâmica a todo o ordenamento jurídico, a partir da noção de parametrização vinculativa à juridicidade administrativa, à unidade normativa das regras e princípios extraídos da Constituição e das demais disposições normativas infraconstitucionais, desde que compatíveis com aquela. A ordem normativa constitucional passa a ser aplicável, inclusive, independentemente de mediação legislativa (*interpositio legislatoris*), sobretudo para aqueles casos de concretização dos direitos fundamentais, fonte máxima de legitimação e fundamento de validade constitucional do agir administrativo.

A dimensão da juridicidade administrativa, que tem seu conteúdo densificado a partir da aplicação (eficácia operativa) das normas constitucionais, acaba por englobar a própria legalidade administrativa, como um dos seus princípios conformadores, não mais como o princípio reitor da atividade administrativa, mas como um dos princípios a gravitar na constelação de normas vinculativas do universo jurídico-administrativo. Nesse sentido, BINENBOJM sustenta que: 1. A atividade administrativa continua a operar, em regra, segundo a lei, se esta for constitucional (atividade *secundum legem*); 2. Mas a atividade administrativa pode retirar também fundamento diretamente da Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*); 3. E a atividade administrativa pode, eventualmente, legitimar-se ainda que contra a lei, a partir de uma ponderação desta “com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição)”⁴⁸⁷.

Em síntese, a dimensão da juridicidade administrativa traduz-se na ideia de vinculação da Administração Pública a toda a ordem normativa constitucional e infraconstitucional, ao sistema de regras e princípios que fundam o ordenamento jurídico. A juridicidade administrativa pode tanto determinar a conjugação direta da normatividade constitucional ao agir administrativo, como pode justificar a atuação administrativa decorrente da vinculação estrita às leis e aos demais instrumentos normativos impositivos do agir da Administração Pública, desde que nos limites formais, procedimentais e substanciais da Constituição.⁴⁸⁸

⁴⁸⁷ BINENBOJM, *Uma teoria do Direito Administrativo...*, p. 142.

⁴⁸⁸ Para uma análise da pluralidade de fontes do Direito Administrativo contemporâneo, com destaque para as reflexões sobre o princípio da reserva de lei e sobre os atos normativos regulamentares na ordem jurídica brasileira, consultar a obra de BINENBOJM. *Ibidem*, p. 143-174.

De todas essas dimensões da atividade administrativa vinculadas ao parâmetro da juridicidade, certamente a mais polêmica e complexa é aquela que toca à atuação *contra legem*, a possibilidade de a Administração Pública negar aplicação a uma determinação legal impositiva de uma dada conduta estatal. Este ponto guarda, inclusive, relações diretas com o paradigma da ponderação de interesses.

Uma primeira questão relacionada à atuação *contra legem* refere-se à possibilidade de a Administração Pública negar aplicação a leis inconstitucionais, antes mesmo de qualquer decisão pelo Poder Judiciário.⁴⁸⁹ Sobre o tema, BINENBOJM levanta algumas razões para sustentar a legitimidade desse tipo de decisão administrativa: 1. A vinculação direta e imediata da Administração Pública à Constituição, com o dever de zelar pela sua supremacia; 2. A decisão administrativa de não aplicação da lei inconstitucional revela-se como condição de preservação da própria ideia de superioridade hierárquica da ordem constitucional; 3. Ainda que os Chefes do Executivo federal e estaduais estejam legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (artigo 103, I e V da CF/88), podem desde logo negar aplicação à lei havida por inconstitucional, porquanto a atribuição daquele tribunal não se traduz em monopólio da interpretação e aplicação da Constituição.⁴⁹⁰

A matéria é controvertida e exige algumas reflexões. Imagine-se uma defesa de efeito direto e imediato no reconhecimento administrativo de inconstitucionalidade, mas somente para aqueles casos das chamadas leis manifestamente inconstitucionais? Isso traria outra questão problemática. O que se deve entender por leis manifestamente inconstitucionais?

Portanto, diante de uma legislação ao seu juízo inconstitucional, a Administração tem o dever de negar-lhe aplicação, sob pena de quebra da supremacia da Constituição e completa inversão da lógica hierárquica. Mas essa atuação administrativa deve estar cercada de alguns essenciais procedimentos de legitimação: 1. A não aplicação da

⁴⁸⁹ Sobre a questão da declaração de inconstitucionalidade de atos normativos pela Administração Pública e por tribunais administrativos, consultar: HARGER, Marcelo. A declaração de inconstitucionalidade de leis e ilegalidade de atos infranormativos por tribunais administrativos. In: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (Org.). Processo Administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99. São Paulo: Atlas, 2011, p. 141-158.

⁴⁹⁰ BINENBOJM, *Uma teoria do Direito Administrativo...*, p. 175-176.

lei havida por inconstitucional deve estar amparada em juízo decisório expresso da Administração Pública, pela autoridade administrativa competente (Chefe do Executivo), com base em parecer técnico-jurídico do respectivo órgão jurídico consultivo-normativo (motivação administrativa); 2. A decisão de não aplicação deve ter a devida publicidade e ser aplicada em caráter geral (igualdade de tratamento); 3. O Chefe do Executivo tem o dever constitucional de submeter ao Poder Judiciário a referida controvérsia, pelas vias cabíveis, uma vez que a definitividade e a segurança jurídica sobre o tema somente decorrerão da manifestação judicial; 4. A obrigação de submeter a matéria ao Poder Judiciário alcança, no caso do controle abstrato, inclusive os Chefes dos Executivos Municipais, se cabível a arguição por descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

Mas a questão de atuação administrativa *contra legem* que produz maiores controvérsias diz respeito àquela possibilidade de decisões administrativas que afastem previsões legais específicas, para assegurar prevalência a outros princípios constitucionais, como os princípios da segurança jurídica, da boa-fé, da confiança legítima, da eficiência, da moralidade e da impessoalidade administrativa. Sobre o tema, BINENBOJM produz extensa análise para defender a possibilidade de ponderações administrativas *contra legem*, a partir da “configuração de uma *equação de ponderação* entre princípios constitucionais: de um lado, há, por reconhecimento expresso, a violação ao princípio da legalidade; de outro lado, a afronta ao princípio da segurança jurídica”. Em casos tais, o autor sustenta que “eventual prevalência, em maior porção, da segurança sobre a legalidade não importa transigência com a ideia de Estado de direito, mas decorre de uma aplicação *otimizada* da Constituição”.⁴⁹¹

O tema é também controvertido e reclama algumas reflexões. Em primeiro lugar, importa considerar que o princípio da legalidade administrativa, embora destronado do Olimpo da disciplina jurídico-administrativa, ainda ostenta invulgar força normativa e justificativa à atividade administrativa, amparado que está (mais diretamente) em dois dos princípios estruturantes do regime jurídico administrativo, o Estado democrático de direito e o princípio republicano. Se constitucional, em regra a lei deve ser o parâmetro do agir do Poder Público.

Por outro lado, importa reconhecer que, em casos específicos, sobretudo naquelas situações de leis definidoras de procedimentos ao agir burocrático da Administração Pública ou leis restritivas de direitos

⁴⁹¹ Ibidem, p. 177-194.

fundamentais, a atividade de ponderação administrativa pode inclinar-se a negar prevalência à referida legislação, a fim de assegurar a otimizada aplicação da Constituição, a partir de outros princípios constitucionais dotados de maior densificação naquele caso concreto. Apenas para exemplificar, há inúmeras situações no cotidiano da prática administrativa em que a exigência legal de um emaranhado de procedimentos e burocracia irracionais acaba por inviabilizar a eficiência no gasto público e a adequada promoção da atividade administrativa. E não se está referindo a importantes exigências de garantia à publicidade, impessoalidade e moralidade administrativa, mas a meras ritualísticas míopes e chicanas injustificáveis (burocracias procedimentais), resquícios de um modelo atrasado de controle administrativo, ainda muito presente na forma de legislações atravancadoras do agir diária do Poder Público.

Na verdade, isso não significa uma defesa ampla e irrestrita da submissão da legalidade em favor da eficiência administrativa. Afinal, em um quadro ideal de Estado constitucional de direito, fundado em uma sólida democracia participativa, base de uma República genuinamente livre e igualitária, assecuratória do efetivo respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais, a Administração Pública eficiente é aquela que cumpre fielmente as leis. Mas estas devem ser a expressão substantiva das vontades e dos interesses resultantes do consenso firmado pela comunidade política (cidadania ativa e democracia participativa).

Por certo, uma análise realista impõe admitir-se que, em muitos casos, para cumprir fielmente a vontade constitucional e atingir a finalidade a que se destina, o Poder Público tem o dever de negar aplicação a determinadas leis, sobretudo quando restritivas de direitos fundamentais, o que pode encontrar respaldo no modelo de ponderação proporcional, com a aplicação direta e imediata do sistema de regras e princípios constitucionais (juridicidade administrativa). Uma perspectiva muito mais dinâmica, aberta, pluralista e complexa da atividade administrativa, a partir de um processo de legitimação fundado no cumprimento da Constituição e suas finalidades precípuas, a defesa e a promoção dos direitos fundamentais. Essas são as dimensões do novo regime jurídico administrativo, a ser amparado no conjunto de princípios estruturantes que seguem abaixo discutidos.

4.4 OS PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DO NOVO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

As análises já empreendidas demonstram que o fenômeno da constitucionalização do Direito, com profundos reflexos na metodologia constitucional contemporânea, está a destacadamente colonizar a dogmática jurídico-administrativa, a partir da edificação de um sofisticado e abrangente sistema constitucional administrativo. A atual disciplina administrativa não pode prescindir de uma concepção umbilicalmente vinculada à matriz constitucional, o conjunto de normas constitucionais que conformam o atual regime jurídico administrativo.

Mas a adequada e sistematizada concepção de um regime jurídico administrativo, constitucionalmente vinculado enquanto estrutura normativa e conjunto de finalidades e objetivos, deve vir acompanhada da construção normativo-axiológica das suas linhas mestras (princípios estruturantes). Superado o paradigma tradicional, que fundava e legitimava o regime jurídico administrativo no princípio da supremacia do interesse público, com a decorrência do assimétrico e verticalizado sistema de poderes e prerrogativas da Administração Pública, impõe-se a reconstrução das bases de justificação e conformação sistemática desse regime, agora sobre fundamentos estruturantes capazes de afinar o diálogo e manter uma dialética de legitimidade sinfônica com todo o arranjo normativo constitucional, sob a batuta instrumental e horizontalizante do Estado constitucional de direito e do paradigma da ponderação proporcional.

Assim, despontam como princípios estruturantes da disciplina administrativa a dignidade da pessoa humana, o Estado democrático de direito e o princípio republicano, não como parâmetros normativos que possam isoladamente sustentar o regime jurídico administrativo, mas como verdadeira trindade principiológica estruturante assecuratória dos padrões de unidade interior e adequação valorativa conformadores de todo o edifício constitucional administrativo. A partir de uma leitura sistemática e comprometida com a plena efetividade das normas constitucionais, o regime jurídico administrativo, assim submetido a um verdadeiro “choque de constitucionalização”, resplandece renovado e reestilizado em seus conceitos e nos contornos dos institutos tradicionais. Não por qualquer irresponsável ou pouco ilustrada doutrina de simples abandono daquele modelo, mas por uma profunda e radical revisão da sua lógica conceitual e dos seus limites operacionais e normativos.

Por princípios estruturantes, expressão recorrentemente referida, pode-se entender aquelas “traves-mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico do político”, as diretrizes normativas fundamentais, constitutivas e indicativas “das ideias directivas básicas de toda a ordem constitucional”. Assim concebidos, os princípios estruturantes acabam por alcançar concretização pela via de outros princípios e regras constitucionais de densificação, que iluminam “o seu sentido jurídico-constitucional e político-constitucional, formando, ao mesmo tempo, com eles, um sistema interno”.⁴⁹²

Nesta quadra, com esteio na doutrina de CANOTILHO, vale esclarecer que os princípios estruturantes ganham concretização político-normativa a partir do correspondente conjunto de “princípios gerais fundamentais” (princípios constitucionais gerais densificadores), dos “princípios constitucionais especiais” (princípios constitucionais setoriais de densificação) e também do sistema de regras constitucionais, qualquer que seja a sua natureza (regras de organização – regras de competência, de criação de órgãos, de procedimentos; regras materiais – de direitos fundamentais, de garantias institucionais, definidoras de tarefas do Estado, constitucionais impositivas).⁴⁹³

Este conjunto normativo de princípios (gerais e especiais) e regras constitucionais conforma e funda a própria noção de sistema normativo, inclusive a partir da importante densificação ponderacionista dos círculos de conformação legislativa e de concretização administrativa e judicial. Alerta-se que aqui não se cogita de um sentido estático ou qualquer concepção diretiva hierarquizada (dos princípios gerais para os especiais e depois para as regras), mas uma noção dinâmica, aberta, dialética e orgânica, em uma espécie de razão substantiva, adjetiva e instrumental da própria perspectiva de regime jurídico administrativo, sob as bases do Estado constitucional de direito e dos parâmetros da juridicidade administrativa.

Os firmes ventos de constitucionalização do Direito Administrativo exigem o abandono da lógica tradicional, quase sempre informada por um epicentro normativo e conceitual de dimensão estatal. No salão nobre da juridicidade administrativa abre-se agora a mesa de honra para a perspectiva axiológico-normativa da dignidade humana, do Estado democrático de direito e do princípio republicano. A própria finalidade precípua (compromisso genético) da Administração Pública

⁴⁹² CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 1173-1174.

⁴⁹³ Sobre os contornos dessa tipologia das regras em organizatórias e materiais, consultar a obra de CANOTILHO. *Ibidem*, p. 1168-1173.

está em fazer-se prisioneira cativa da promoção e defesa dos direitos fundamentais, base não só para os fins da atividade administrativa, mas também fundamento de legitimidade à própria existência estatal. Segue-se, pois, para o debate individualizado acerca desses princípios que compõem a unidade estruturante do regime jurídico administrativo, ainda que resumido àquelas diretrizes essenciais para os objetivos deste estudo.

4.4.1 A dignidade da pessoa humana como princípio constitucional estruturante

O discurso do novo constitucionalismo trouxe consigo a recuperação da centralidade do debate em torno da dignidade da pessoa humana. Seguramente, esta é uma das mais (ou a mais) ricas, fecundas e recorrentes temáticas de toda a metodologia constitucional contemporânea. Até pela abrangência e os variados enfoques, que transbordariam os limites desse estudo, a abordagem da noção de dignidade humana ficará limitada aos seus contornos básicos, no mais das vezes relacionados ao enfoque principal do regime jurídico administrativo.⁴⁹⁴

A tamanha confiança depositada no resgate do lugar de honra da dimensão humanística, como freio e barreira àqueles mais sombrios e degradantes episódios de guerras que varreram a Europa na primeira metade do século XX, tem levado a filosofia e a dogmática constitucional a reservar-lhe um dos mais altaneiros tronos de fundamento axiológico-normativo de toda ordem constitucional, uma espécie de reitora máxima do Estado constitucional de direito. Nesse sentido, BONAVIDES chega a defendê-la, em uma retórica de inegável exortação, como a “norma das normas dos direitos fundamentais, elevada assim ao mais alto posto da hierarquia jurídica do sistema”. Um

⁴⁹⁴ Para uma análise panorâmica do princípio da dignidade da pessoa humana, seus fundamentos históricos e filosóficos e sua estrutura normativa, consultar: BARCELLOS, *A eficácia jurídica dos princípios...*, 2002; HABERMAS, Jürgen. Um ensaio sobre a Constituição da Europa. Tradução de Marian Toldy e Teresa Toldy. Coimbra: Almedina, 2012, p. 27-57; MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.). Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque. v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 933-949; MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). Tratado luso-brasileiro de dignidade humana. São Paulo: Quartier Latin, 2008; SARLET, *Dignidade da pessoa humana...*, 2006.

princípio que estabelece limites à ação estatal e protege a liberdade humana, pelo que “sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser portanto máxima e se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados”.⁴⁹⁵

Com efeito, a centralidade do princípio da dignidade humana e sua condição de base axiológica dos sistemas constitucionais contemporâneos estão decantadas no discurso jurídico ocidental, desde as últimas décadas do século passado. Por outro lado, tanto naquelas ordens constitucionais em que a dignidade da pessoa humana ainda não consta expressamente positivada, como nos sistemas que a colocam como princípio fundamental do Estado democrático de direito (caso brasileiro), não se pode desconsiderar que “o projeto normativo, por mais nobre e fundamental que seja, nem sempre encontra eco na *práxis* ou, quando assim ocorre, nem sempre para todos ou de modo igual para todos”.⁴⁹⁶

Não se pode negar que, da tatuagem normativa constitucional à fotografia da realidade das ruas e dos corredores palacianos dos órgãos estatais, há sempre uma desfocada e pouco nítida expressão de efetividade daqueles quadros normativos. Nada obstante, malgrado o inegável e ainda elevado *deficit* de concretização do princípio da dignidade humana na realidade sensível da sociedade brasileira, ressoa inegável o seu enorme potencial libertário e progressista, enquanto princípio fundamental do Estado democrático de direito (artigo 1º, III da CF/88). Em uma ordem constitucional como a brasileira, fortemente marcada por uma perspectiva axiológica e substantiva de promessas e compromissos liberais e sociais, a concretização da Constituição representa um projeto contínuo, multifário e sempre inacabado, uma espécie de utopia concreta, emancipatória e vinculativa, um reluzente e insuprimível farol ético, político e normativo a apontar na direção de uma comunidade cada vez mais justa e igualitária (ou menos injusta e desigual).

Nessa atmosfera sociopolítica ainda bastante hostil à igualdade material e de brutais contrastes sociais, a normatização da dignidade humana como princípio fundamental desempenha um papel decisivo, uma baliza constante a direcionar a sociedade e principalmente os

⁴⁹⁵ BONAVIDES, *Teoria constitucional da democracia participativa...*, p. 232-233.

⁴⁹⁶ SARLET, *Dignidade da pessoa humana...*, p. 26.

poderes constituídos, inclusive sob pena de uma inequívoca crise de legitimidade, que pode tomar variadas formas, desde a apatia política até movimentos radicais de contestação, cada vez mais visíveis e acentuados, uma medida fiel de que se está a alcançar maiores níveis de maturidade democrática e consciência de cidadania, mesmo que exista uma elevada dose de ruídos, tensões e interferências nesse diálogo.

4.4.1.1 Antecedentes históricos e filosóficos

Antes do debate relacionado à perspectiva conceitual e normativa da dignidade humana, importa promover uma (ainda que) breve recuperação da sua perspectiva histórica. Essa genealogia remete à Antiguidade clássica grega, em que a noção de dignidade da pessoa estava muito relacionada à posição que cada indivíduo ocupava na comunidade política. Para a filosofia política aristotélica, fundada em uma concepção organicista de sociedade, cada indivíduo faz parte do corpo orgânico da sociedade, desempenhando sua respectiva função social. Tanto que a concepção de felicidade ou vida boa do indivíduo (bem supremo aristotélico) somente seria atingível por meio da convivência na *pólis*, onde cada qual cumpriria a sua respectiva função.⁴⁹⁷ Esse modelo de comunidade política permite que se possa falar em uma “quantificação e modulação da dignidade, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas”.⁴⁹⁸

Mas Ingo Wolfgang SARLET esclarece que, ainda na Antiguidade clássica, a partir do pensamento estoico,⁴⁹⁹ a dignidade já era concebida como uma qualidade inerente ao ser humano, um dado intrínseco que o distinguia das demais criaturas, “no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade”. Também na Antiguidade clássica romana, o pensamento ciceroniano “desenvolveu uma compreensão de dignidade desvinculada do cargo ou posição

⁴⁹⁷ ARISTÓTELES, *A Política...*, p. 13-17.

⁴⁹⁸ SARLET, *Dignidade da pessoa humana...*, p. 30.

⁴⁹⁹ Suplanta os limites do presente estudo a apresentação do estoicismo e seus principais fundamentos filosóficos. Apenas para ilustrar: “O estoicismo, em especial, apoiava o seu Cosmopolitismo em dois elementos fundamentais: na ideia de uma razão universal que regula todas as coisas segundo uma ordem necessária; na consciência de que a razão fornece ao homem normas infalíveis de ação que constituem o direito natural. Além disso, o estoicismo, ao exaltar os valores intelectuais, fazia consistir a distinção entre o sábio e os demais homens justamente na consciência da caducidade dos ideais da pátria e do Estado”. BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, *Dicionário de Política...*, p. 293-294.

social”, o que permite “reconhecer a coexistência de um sentido moral (seja no que diz às virtudes pessoas do mérito, integridade, lealdade, entre outras, seja na acepção estoíca referida) e sociopolítico de dignidade (aqui no sentido de posição social e política ocupada pelo indivíduo)”.⁵⁰⁰

Ainda sobre a dimensão histórica, uma das mais influentes e destacadas contribuições à formação política e filosófica da noção de dignidade humana pode ser atribuída à doutrina teológica judaico-cristã. Uma perspectiva humanista de centralidade da pessoa humana, a mais perfeita criatura divina, pode ser recuperada já no Antigo Testamento, no Livro de Gênesis, quando o ser humano é descrito como a imagem e semelhança do Deus criador, com o desígnio celestial de crescer, multiplicar e dominar a Terra.⁵⁰¹ Com o Novo Testamento e a construção das bases da moralidade cristã, a doutrina fundada no grande mandamento do “amor ao próximo” passa a figurar como um dos principais legados do Cristianismo à noção de dignidade humana.⁵⁰²

Com efeito, a teologia cristã ostenta uma posição destacada na reflexão ocidental sobre a dignidade humana, que lhe é herdeira direta, inclusive na formulação moderna da noção de pessoa, uma concepção antropológica fundada na ideia de imagem e semelhança divina. Essa perspectiva divina e espiritual da noção de pessoa conferiu primeiramente ao termo “dignidade” uma espécie de “função eminente”, passando depois para um “atributo por excelência da pessoa”.⁵⁰³ Nesta quadra, pode-se recuperar na escolástica tomista as bases de uma original e influente doutrina de autodeterminação e liberdade (arbítrio), não somente no sentido de reconhecer o fundamento da dignidade humana na imagem e semelhança do Criador, mas que “também radica na capacidade de autodeterminação inerente à natureza humana, de tal

⁵⁰⁰ SARLET, *Dignidade da pessoa humana...*, p. 30-31.

⁵⁰¹ Do Antigo Testamento, no Livro de Gênesis, capítulo 1, versículo 28: “Crescei e multiplicai-vos, enchei e dominai a Terra” (Gn 1, 28). GÊNESIS. In: A BÍBLIA SAGRADA. Tradução ecumênica. São Paulo: Paulinas, 2002.

⁵⁰² Do Evangelho segundo São JOÃO, capítulo 15, versículo 12: “Este é o meu mandamento: amai-vos uns aos outros, como eu vos amo” (Jo 15, 12). JOÃO. In: A BÍBLIA SAGRADA. Tradução ecumênica. São Paulo: Paulinas, 2002.

⁵⁰³ MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 65-66.

sorte que, por força de sua dignidade, o ser humano, sendo livre por natureza, existe em função de sua própria vontade”.⁵⁰⁴

Abre-se aqui um parêntese para consignar que toda essa histórica filosofia política da fé cristã, fundada na solidariedade, no respeito e no amor ao próximo, não impediu que no seio da Igreja Católica fossem conduzidos alguns dos mais brutais e irracionais movimentos de desrespeito e desconsideração da dignidade humana. Disto serve como mais horroroso e desumano exemplo a chamada Santa Inquisição, que por um longo período assolou boa parte da velha Europa.⁵⁰⁵ Por outro lado, como esclarece Jorge MIRANDA, movimentos como a “Doutrina Social da Igreja, as intervenções dos últimos Papas sobre problemas concretos, o Concílio Vaticano II, a ação dos bispos em numerosos países, a iniciativa de diversas comunidades, a oposição de vários grupos a regimes autoritários e totalitários”, todos estes fatores revelam “o reencontro dos católicos com os direitos e liberdades fundamentais, assim como importantes contribuições para a mudança de mentalidades e de estruturas em numerosos países, sobretudo na América Latina”.⁵⁰⁶

Retomando o debate central, convém dizer que a Modernidade concluiu o processo histórico de secularização e laicização da dignidade humana, encontrando na doutrina kantiana uma das suas mais destacadas e difundidas vertentes filosóficas. Com base em uma noção de dignidade vinculada à perspectiva da autonomia ética do indivíduo, verdadeiro fundamento da noção de dignidade, erige-se a concepção de que a pessoa não pode ser tratada, nem por ela própria, como objeto. A partir da natureza racional do ser humano, a teoria kantiana funda na autonomia da vontade (autodeterminação), comum apenas aos seres racionais, a própria noção secularizada e dessacralizada de dignidade humana. A dignidade humana abandona suas vestes sacrais e assume uma nudez racional-individualista de autodeterminação, que vai acompanhá-la Modernidade afora.⁵⁰⁷

A partir desses elementos filosóficos, KANT estabelece sua célebre doutrina da dignidade humana, fundada no imperativo de que o ser humano existe como um fim em si mesmo, não como meio ou instrumento, mas como a própria razão última da sua existência. Para ser

⁵⁰⁴ SARLET, *Dignidade da pessoa humana...*, p. 31.

⁵⁰⁵ Para um estudo sobre a Santa Inquisição, consultar: GONZAGA, João Bernardino. *A inquisição em seu mundo*. 8. d. São Paulo: Saraiva, 1994.

⁵⁰⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. t. IV. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 50.

⁵⁰⁷ SARLET, *Dignidade da pessoa humana...*, p. 32-33.

fiel às exatas palavras do Filósofo de Königsberg, o ser humano “existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim”.⁵⁰⁸

Na filosofia kantiana os seres irracionais cuja existência não depende da vontade humana, mas da própria natureza, possuem um valor relativo (meios) e são chamados de coisas. Assim, os seres racionais (as pessoas) não podem ser usados ou considerados como simples meios, porquanto dotados de dignidade. Dignidade, que na doutrina kantiana, é um fim diverso do preço, pois se “uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade”, o que permite conhecer e reconhecer “como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço”.⁵⁰⁹

Inegavelmente, as formulações kantianas sobre a dignidade humana representam uma das mais engenhosas e importantes bases para o discurso filosófico e jurídico da Modernidade. Para o Filósofo de Königsberg, a pessoa é dotada de dignidade porque é autônoma e livre. A autonomia representa “o princípio da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional”, pelo que “liberdade, autonomia e dignidade formam uma trilogia inseparável”. Mas não uma liberdade no sentido egoístico de fazer o que se quer. Para a filosofia kantiana, “o homem é autônomo quando os seus atos estão em conformidade com a lei moral. Ora, esta lei é universal. O homem age de forma livre quando obedece à razão, e não à sua razão. A intenção deve ser isenta de qualquer interesse pessoal, de qualquer paixão egoísta”.⁵¹⁰

Esses breves antecedentes históricos e filosóficos contribuem com necessárias reflexões para que se possa adentrar na dimensão conceitual e normativa da dignidade humana, o debate acerca do seu significado e conteúdo na perspectiva jurídico-constitucional.

⁵⁰⁸ KANT, *Fundamentação da metafísica...*, p. 134.

⁵⁰⁹ Ibidem, p. 140.

⁵¹⁰ MAURER, *Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana...*, p. 76.

4.4.1.2 A dignidade humana como princípio axiológico fundamental

A definição do significado e do conteúdo normativo da dignidade humana está longe de representar uma tarefa fácil, muito menos a construção de um conceito capaz abarcar a sua complexidade histórica, cultural, axiológica e normativa, e que possa ser útil e efetivo no seu processo de aplicação, sobretudo como parâmetro de limitação das ações estatais e promoção dos direitos e garantias fundamentais. Esta dificuldade conceitual decorre, em larga medida, da própria vagueza e indeterminação características dos conceitos jurídicos indeterminados, em especial a dignidade da pessoa humana, uma noção polissêmica e marcada por uma elevada dose de ambiguidade e porosidade, submetida a um descontínuo e instável processo de construção e desenvolvimento.⁵¹¹

Mas com isso não se quer conduzir à ideia (errônea, por sinal) de que não seria possível a construção de um conceito jurídico de dignidade humana, capaz de alcançar a sua inerente complexidade. Aqui não se está a fazer referência a alguns aspectos da existência humana (integridade física, intimidade, vida), mas a “uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano”, no sentido do “valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade, na sua condição jurídico-normativa”.⁵¹²

Para esta parametrização conceitual interessa recuperar os contornos em que foi estabelecida a noção de dignidade humana pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, em 1948, logo após todo aquele estado de horrores e atrocidades que marcaram a Segunda Guerra Mundial. A partir de uma clara matriz kantiana de autonomia e direito de autodeterminação humana, assim prescreve o seu artigo 1º: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.⁵¹³

⁵¹¹ Nesse sentido, consultar: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista Interesse Público*, São Paulo, ano 1, n. 4, p. 23-48, out./dez. 1999, p. 24.

⁵¹² SARLET, *Dignidade da pessoa humana...*, p. 40.

⁵¹³ Sobre a temática, importa também registrar as três primeiras justificativas que constam do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente e dos direitos iguais

Esses são os contornos pelos quais a dignidade humana se pulverizou pelas Constituições da segunda metade do século passado, com destacado *status* na Lei Fundamental alemã de 1949 (artigo 1.1), na Constituição portuguesa de 1976 (artigo 1º) e na Constituição espanhola de 1978 (preâmbulo e artigo 10.1), apenas para referir algumas das mais influentes no Segundo Pós-Guerra. No Brasil, com o advento da Constituição Cidadã, a dignidade humana foi alçada à condição de princípio fundamental do Estado democrático de direito (artigo 1º, III da CF/88). Há, ainda, previsão expressa no seu artigo 170, *caput*, no sentido de que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna; também, no artigo 226, § 7º, quando estabelece que o planejamento familiar funda-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável; no artigo 227, *caput*, quando assegura à criança e ao adolescente o direito à dignidade; por fim, no artigo 230, *caput*, que garante ao idoso o amparo e a defesa da sua dignidade e bem-estar.

Nesta esteira de considerações, sem desprestigiar a perspectiva natural da noção de dignidade humana como uma qualidade inata e algo inerente à natureza humana, SARLET aponta o relevante sentido cultural da ideia de dignidade humana, “fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo, razão pela qual as dimensões natural e cultural da dignidade da pessoa se complementam e interagem mutuamente”.⁵¹⁴

Todos esses elementos históricos, filosóficos e culturais conduzem o constitucionalista pátrio a oferecer uma sofisticada e aberta conceituação jurídica de dignidade da pessoa humana, aqui integralmente compartilhada e subscrita, enquanto qualidade intrínseca e

e inalienáveis de todos os membros da família humana é o fundamento da liberdade, justiça e paz no mundo; Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo no qual os seres humanos gozem de liberdade de expressão e de crença e da liberdade do medo e da miséria, foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum; Considerando que é essencial, para que o Homem não seja obrigado a recorrer, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão, que os direitos humanos sejam protegidos pelo estado de direito”. ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Organização das Nações Unidas (ONU). Declaração Universal dos Direitos Humanos. 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/preamble.html>>. Acesso em 27 jan. 2014.

⁵¹⁴ SARLET, *Dignidade da pessoa humana...*, p. 46.

distintiva de todos os seres humanos, que lhes garante igual respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade. Isso exige um complexo de direitos e deveres fundamentais, que protejam a pessoa contra todo e qualquer ato degradante e desumano, bem como lhe garantam as mínimas condições existenciais para uma vida saudável, capazes de promover sua participação ativa e corresponsável no seu destino e na vida em comunhão com as outras pessoas.⁵¹⁵

No Brasil, como inclusive decorre expressamente do texto constitucional, não há maiores celeumas na qualificação da dignidade da pessoa humana como norma jurídica fundamental do Estado constitucional de direito, um princípio axiológico que fundamenta e irradia normatividade para todo o sistema de regras e princípios constitucionais. Como já se disse em outras oportunidades, com o claro deslocamento do epicentro normativo constitucional do Estado para a pessoa humana, resta inegável que são os poderes constituídos e o aparato estatal que se fundam e legitimam em função da dignidade humana, e não esta que se funda no Estado. O Estado é que funciona como meio (instrumento) de concretização e promoção dos ditames finalísticos substantivos e instrumentais relacionados à dignidade humana, fim e medida de legitimação da normatividade constitucional estabelecida e dos próprios poderes constituídos.

Neste quadrante, pode-se mesmo sustentar que o princípio da dignidade humana funciona como genuíno parâmetro de consubstancialidade para outros direitos fundamentais.⁵¹⁶ Inclusive, como esclarece o filósofo alemão Jürgen HABERMAS, nada obstante a assimetria histórico-temporal entre as concepções de direitos humanos e dignidade humana, estes dois conceitos sempre guardaram um estreito nexos conceitual, embora inicialmente apenas implícito. A invocação dos

⁵¹⁵ Nas exatas palavras do autor: “Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a *qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos*”. Ibidem, p. 60.

⁵¹⁶ Nesse sentido: TAVARES, André Ramos. Princípio da consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade do Homem. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, v. XLVII, n. 1 e 2, p. 313-331, 2006, p. 322-330.

direitos humanos alimenta-se da indignação dos ofendidos face à violação da sua dignidade humana. Portanto, a dignidade humana reveste-se da qualidade de “fonte moral da qual se alimentam os conteúdos de todos os direitos fundamentais”, desempenhando um “papel catalizador” na “composição dos direitos humanos a partir da moral da razão e da sua forma jurídica”, o que “explica a força explosiva, do ponto de vista político, de uma utopia concreta”.⁵¹⁷

Em suma, a dignidade humana apresenta-se como autêntico princípio axiológico fundamental da ordem constitucional brasileira. Uma estrutura normativa que, afora o seu inegável conteúdo ético e moral (aspecto natural, cultural e filosófico), assume o *status* de norma formal e materialmente constitucional, dotada de eficácia plena e efeito vinculante a toda ordem normativa estabelecida, às atividades legislativas, administrativas e judiciais, bem como impositiva de respeito e consideração por toda a comunidade política.

Nesse sentido, ganha destacado relevo a concepção de que o princípio da dignidade humana ostenta uma condição funcional dúplice, sendo simultaneamente limite (dimensão negativa) e tarefa (dimensão positiva) dos poderes estatais, da comunidade e dos particulares. Como um *Janus* pós-moderno, aponta diretamente para duas dimensões (faces) complementares: uma defensiva (negativa), outra prestacional (positiva). Isso, inclusive, permite a superação (em partes) daquela concepção kantiana de dignidade humana centrada na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa, já que é tarefa do Estado assegurar às pessoas uma mínima condição de vida digna.

Como limite, o princípio da dignidade humana assegura que a pessoa não poderá, em qualquer hipótese, ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria ou de terceiros (até mesmo pessoas em quadros vegetativos ou alienados mentais têm direito a um tratamento com respeito humanístico e dignidade). Disso resulta a garantia de direitos fundamentais (negativos) contra atos que violem a pessoa ou a exponham a graves ameaças. Enquanto tarefa, o princípio da dignidade humana impõe deveres concretos dos órgãos estatais, capazes de proteger a dignidade de todos, inclusive por meio de medidas prestacionais (positivas) que promovam a dignidade humana e assegurem as condições existências mínimas (vida digna).⁵¹⁸ Esta

⁵¹⁷ HABERMAS, *Um ensaio sobre a Constituição...*, p. 31-32.

⁵¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In:

dimensão dualista da dignidade humana, aliada à nova topografia constitucional que aponta para a centralidade da pessoa (personalismo constitucional), oferecem valorosas possibilidades de diálogo entre o princípio da dignidade humana e o regime jurídico administrativo.

4.4.1.3 As relações entre o princípio da dignidade humana, a segurança jurídica, a proteção da confiança legítima, a boa-fé e o processo disciplinar: algumas considerações

A densificação do paradigma emergente, que funda o novo regime administrativo, a partir do princípio estruturante da dignidade humana, passa por um processo de reconformação e afirmação de uma série de princípios constitucionais expressos e implícitos, que ganham um novo colorido e uma renovada dimensão normativa.

Um dos princípios que reassume lugar de proeminência no novo regime jurídico administrativo é o princípio da segurança jurídica,⁵¹⁹ sorvendo carga de normatividade e legitimação política diretamente do princípio da dignidade humana, do regime constitucional de direitos fundamentais e da própria noção de justiça da ordem jurídica constitucional. As dimensões constitucionais de liberdade e igualdade reclamam uma sólida noção de estabilidade das relações jurídicas, com a efetiva segurança jurídica dos cidadãos e dos demais atores sociais e econômicos na forma como são aplicadas as leis e nos mecanismos de atuação administrativa. A noção de segurança jurídica toma, assim, uma perspectiva de valor transcendental da própria ordem jurídico-política constitucional, uma das suas mais destacadas finalidades, muito mais sofisticada do que aquela posição estática e prisioneira da legalidade formal do paradigma tradicional.

No Brasil, a proteção da segurança jurídica goza de respaldo constitucional enquanto princípio constitucional implícito, que pode ser extraído diretamente do princípio da dignidade humana (artigo 1º, III da CF/88) e do sistema de proteção aos direitos fundamentais (artigos 5º, *caput* e 6º da CF/88), como também do próprio princípio estruturante do

_____. Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 30-32.

⁵¹⁹ Para um estudo panorâmico do princípio da segurança jurídica e sua relação com o princípio da legalidade, consultar: SILVA, Almiro do Couto. Princípio da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de direito contemporâneo. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 11-31, 2004.

Estado democrático de direito (artigo 1º, *caput* da CF/88). Há, ainda, cláusula constitucional expressa que protege o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (artigo 5º, XXXVI da CF/88), expressões normativas de densificação do princípio da segurança jurídica.⁵²⁰

Sobre o tema, Almiro do Couto e SILVA esclarece que a segurança jurídica ostenta uma dimensão dúplice (objetiva e subjetiva): a primeira, “de natureza objetiva, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada”; a outra, “de natureza subjetiva, concerne à proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação”.⁵²¹

Na mesma linha, diretamente vinculado e decorrente do princípio da segurança jurídica, o princípio da proteção da confiança legítima dos cidadãos impõe ao Estado o dever de não frustrar as legítimas expectativas dos indivíduos na manutenção da estabilidade da atuação estatal, ainda que, por vezes, fundada em ilegalidades. Neste quadrante, há situações que produzem na esfera de expectativas do indivíduo uma justa confiança de estabilidade, o que impõe ao Estado “limitações na liberdade de alterar sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais, atribuindo-se consequências patrimoniais por essas alterações”, para preservar a “crença gerada nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral de que aqueles atos eram legítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos”.⁵²²

Outro princípio que assume destacada posição normativa nesse renovado regime administrativo é o princípio da boa-fé, também diretamente vinculado ao princípio estruturante da dignidade humana e um dos seus mais ricos e dinâmicos princípios de densificação na seara

⁵²⁰ Nesse sentido: BINENBOJM, *Uma teoria do Direito Administrativo...*, p. 177-180.

⁵²¹ SILVA, Almiro do Couto. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54. da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 33-75, 2004, p. 36.

⁵²² *Ibidem*, p. 37.

jurídico-administrativa. O princípio da boa-fé assume a condição de princípio constitucional implícito, sendo que, afora o respaldo direto no princípio da dignidade humana, resta amparado naquelas disposições normativas que conferem *status* constitucional ao princípio da segurança jurídica, ante a sua aproximação operativa.⁵²³

No âmbito específico do Direito Administrativo, há que se reconhecer, ainda, que o princípio da boa-fé encontra seu *status* constitucional a partir da dimensão objetiva do próprio princípio da moralidade administrativa (artigo 37, *caput* da CF/88), pelo que o seu aspecto objetivo “veicula a boa-fé objetiva no campo do direito público-administrativo, exigindo um comportamento positivo da Administração e impondo a ela deveres de conduta transparente e leal”. Desta forma, há casos em que a omissão administrativa pode assegurar ao cidadão um direito subjetivo público a prestações do Poder Público ou a indenizações, de modo que a “proteção à confiança legítima dos administrados é seu principal desdobramento, não havendo, em princípio, óbice para o aproveitamento dos institutos decorrentes da boa-fé objetiva desenvolvida no campo jurídico-privado aos domínios do direito público-administrativo”.⁵²⁴

A doutrina especializada comumente distingue o sentido objetivo da boa-fé, do seu aspecto subjetivo. Na interessante síntese de Edilson Pereira NOBRE JUNIOR, a “a boa-fé é valorada, também no direito administrativo, ora como padrão de conduta, a exigir dos sujeitos do vínculo jurídico atuação conforme à lealdade e à honestidade (boa-fé objetiva), ora como uma crença, errônea e escusável, de uma determinada situação (boa-fé subjetiva)”. Nesse sentido, o autor ressalta que a hipótese da boa-fé objetiva “alcança maior influência no terreno aplicativo, sendo de grande valia no concernente aos atos e contratos administrativos, procedimento administrativo, serviços públicos, atividade reguladora e na responsabilidade estatal na intervenção sobre a ordem econômica”. Já a dimensão da boa-fé “em sua vertente

⁵²³ Para um estudo panorâmico sobre o princípio da boa-fé no Direito Administrativo, consultar: ALVES, José Ricardo Teixeira. A tutela da boa-fé objetiva no Direito Administrativo. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1917, set. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11783>>. Acesso em: 03 fev. 2014; GIACOMUZZI, José Guilherme. A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2001; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O princípio da boa-fé e sua aplicação no Direito Administrativo brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

⁵²⁴ GIACOMUZZI, A *moralidade administrativa*..., p. 308-309.

psicológica é suscetível de um mais restrito emprego, sendo de valia quanto às sanções administrativas e em algumas relações entre o Estado e seus servidores”.⁵²⁵

Na disciplina jurídico-administrativa, uma das maiores demonstrações de densificação legislativa dos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança legítima dos cidadãos e da boa-fé pode ser recuperada da Lei Federal n. 9.784/1999, em especial no artigo 2º, *caput* (previsão do princípio da segurança jurídica), no artigo 2º, *parágrafo único*, IV (atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé), no artigo 2º, *parágrafo único*, XIII (interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação), e também no artigo 54, *caput* (decadência administrativa para anulação de atos ilegais com efeitos favoráveis aos destinatários).

O artigo 54, *caput* da Lei Federal n. 9.784/99 representa um excelente exemplo de densificação ponderativa legislativa, no sentido que, antevendo a enorme e recorrente possibilidade de colisões *in concreto* entre os princípios da legalidade administrativa e da autotutela da Administração Pública, de um lado, e os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança legítima dos cidadãos e da boa-fé administrativa, de outro, a partir da clara ponderação favorável ao princípio estruturante da dignidade humana, mas sem desconsiderar o princípio republicano, o legislador infraconstitucional estabeleceu o prazo decadencial de cinco anos para que o Poder Público possa rever seus atos e os efeitos deles decorrentes, se favoráveis aos destinatários.

Antes do advento da referida ponderação legislativa, a Administração Pública dispunha de um espectro mais amplo de atuação, mas, mesmo assim, já havia a sua obrigação de promover a imediata concretização constitucional, com a fixação interna de limites temporais e materiais gerais (não casuísticos) à autotutela e à revisão dos atos administrativos que, embora ilegais, trouxessem efeitos favoráveis aos destinatários, se de boa-fé. O referido espaço de ponderação administrativa decorre da aplicação direta e imediata do sistema de regras e princípios constitucionais.

Outro importante aspecto de aplicação do princípio estruturante da dignidade humana na disciplina jurídico-administrativa refere-se à seara do processo disciplinar⁵²⁶ e do Direito Administrativo

⁵²⁵ NOBRE JÚNIOR, *O princípio da boa-fé...*, p. 150-151.

⁵²⁶ Para um estudo panorâmico sobre o processo administrativo disciplinar e seus princípios constitucionais informadores, consultar: BACELLAR FILHO,

sancionatório em geral.⁵²⁷ A partir do enfoque humanístico do princípio da dignidade da pessoa, inúmeros princípios constitucionais adquirem um colorido normativo muito mais determinante. Neste quadrante, a simples leitura sistemática e teleológica dos princípios do devido processo legal administrativo (artigo 5º, LIV da CF/88), do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV da CF/88)⁵²⁸ já demonstra o completo descompasso e mesmo a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante n. 05, do Supremo Tribunal Federal, quando prescreve que “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.⁵²⁹ Mais do que uma inadequada leitura constitucional, a referida súmula normativa ofende diretamente aos artigos 1º, III e 5º, LV da Constituição Federal, do que decorre a sua inconstitucionalidade, por contraposição direta ao princípio constitucional axiológico-estruturante da dignidade humana e ao princípio constitucional da ampla defesa, que não pode prescindir da defesa técnica, no caso de processos administrativos disciplinares, porquanto diretamente relacionada ao seu núcleo essencial.

Mas não são apenas os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa que ganham nova dimensão normativa quando da aplicação aos processos administrativos disciplinares. O princípio estruturante da dignidade humana coloniza em tal medida a seara do processo administrativo disciplinar e do Direito Administrativo sancionatório em geral, que todas aquelas disposições de garantias constitucionais penais ao acusado passam a ostentar legítima aplicação,

Romeu Felipe. Processo administrativo disciplinar. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁵²⁷ Para um estudo panorâmico sobre o Direito Administrativo sancionatório, consultar: OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

⁵²⁸ Para uma análise da função democrática do princípio do contraditório no âmbito do processo administrativo disciplinar, consultar: STAFFEN, Márcio Ricardo; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. A função democrática do princípio do contraditório no âmbito do processo administrativo disciplinar: aproximações entre Elio Fazzalari e Jürgen Habermas. In: SILVA, Maria Teresinha Pereira; ZANOTELLI, Maurício (Coord.). Direito e Administração Pública: por uma hermenêutica compatível com os desafios contemporâneos. Curitiba: Juruá, 2011, p. 23-39.

⁵²⁹ Nesse mesmo sentido, consultar: KISTEUMACHER, Daniel Henrique Rennó. A (in) constitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 9, n. 9, p. 292-311, jan./jun. 2011.

em maior ou menor amplitude, como elementos de garantia ao servidor e ao cidadão em geral. Apenas para exemplificar, seguem algumas disposições constitucionais penais aplicáveis no âmbito do processo administrativo disciplinar e do Direito Administrativo sancionatório em geral: tipicidade penal-administrativa e reserva de lei (artigo 5º, XXXIX da CF/88); juiz natural administrativo (artigo 5º, XXXVII e LIII da CF/88); presunção de inocência (artigo 5º, LVII da CF/88); irretroatividade da legislação penal-administrativa, salvo para beneficiar o servidor (artigo 5º, XL da CF/88); vedação ao uso de provas obtidas por meio ilícito (artigo 5º, LVI da CF/88).

Cabe ressaltar, ainda, que a atuação legislativa de ponderação e densificação constitucional não faz cessar a possibilidade de novas ponderações concretas pelo Poder Público, para o caso daquelas situações não alcançadas pela mediação legislativa, o que não exclui também o âmbito da ponderação judicial, todas sempre vinculadas à satisfação otimizada das finalidades constitucionais e à prevalência dos direitos fundamentais.

4.4.2 O Estado democrático de direito como princípio constitucional estruturante

A vigorosa inflação do debate sobre a dignidade humana também alcança, em uma tônica semelhante, o diálogo em torno do Estado democrático de direito e dos modelos de democracia, o que tem povoado o cenário teórico e político da metodologia constitucional contemporânea.⁵³⁰ De fato, são diversas as teorias democráticas⁵³¹ que

⁵³⁰ Para uma análise aprofundada do modelo de Estado democrático de direito e democracia na contemporaneidade, consultar: BOBBIO, *O futuro da democracia...*, 1986; BONAVIDES, Paulo. Do país colonial ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 58-85; CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 243-281; DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. Democracia substancial: um instrumento para o poder político. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Org.). Direitos humanos e democracia. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 417-427; GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Democracia, jueces y control de la Administración. 4. ed. Madrid: Civitas, 1998, p. 31-163; MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional...*, p. 239-256; SCHOLLER, Heinrich. Os ajustes necessários da democracia representativa. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Org.). Direitos humanos e democracia. Rio de Janeiro: Forense,

procuram explicar a complexidade do contexto sociopolítico da atualidade, fato a desencorajar e mesmo desaconselhar, para os estreitos limites desse trabalho, qualquer abordagem crítica com pretensões de sistematicidade e completude, nem uma recuperação da construção histórica da democracia,⁵³² cabendo aqui apenas aportes teóricos preliminares, necessários ao central debate do regime jurídico administrativo.

O estudo do Estado democrático de direito e do princípio democrático, sob a perspectiva do constitucionalismo brasileiro, não permite suprimir um necessário componente ideológico-constitucional, a sua veia genética de instrumento de luta e de compromisso com a transformação social. Tanto que, no seu manifesto pela democracia participativa, BONAVIDES a coloca, juntamente com o Estado social, como os “axiomas que hão de permanecer invioláveis e invulneráveis, se os povos continentais da América Latina estiverem no decidido propósito de batalhar por um futuro que reside tão-somente na democracia, na liberdade do desenvolvimento”. E, ainda, alerta para o problema da escravização da mídia pelo capital, um dos maiores inimigos da democracia participativa, quando denuncia que, dispondo da “máquina da informação com que intentam dar aparência de legitimidade aos seus interesses, os estamentos de dominação têm tudo

2007, p. 53-67; ROTHENBURG, Walter Claudius. A dialética da democracia: entre legisladores e jurisdição constitucional. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Org.). Direitos humanos e democracia. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 429-440; TAVARES, André Ramos; BUCK, Pedro. Direitos fundamentais e democracia: complementaridade/contrariedade. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Org.). Direitos humanos e democracia. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 169-186.

⁵³¹ Para um estudo sobre as teorias modernas da democracia, consultar: BONAVIDES, *Teoria constitucional da democracia participativa...*, p. 09-66; CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 1409-1421; CUNNINGHAM, *Teorias da democracia*, p. 38-232; DAHL, Robert A. Sobre a democracia. Brasília: UnB, 2001; HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. v. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

⁵³² Para uma recuperação histórica da democracia, desde a Antiguidade clássica, consultar: DAHL, *Sobre a democracia...*, p. 17-36.

com que perpetuar a servidão social e o confisco dos direitos de expressão”.⁵³³

Com efeito, a construção de um efetivo e substancial Estado social e democrático de direito, não apenas formal, exige a ruptura com as práticas de exclusão e marginalização características dos modelos extremados de neoliberalismo e globalização econômica, verdadeiros entraves à democracia material. É necessário pensar os movimentos de abertura globalizante, com pretensões de construção de outro modelo de globalização, não aquela globalização perversa do pensamento único, monolítico e colonizador, mas uma globalização de travessia para uma consciência universal de respeito às diferenças e à dignidade humana. Uma utopia possível onde as tecnologias não sirvam para escravizar as pessoas e alimentar o mercado voraz, mas que sejam instrumentos libertários e emancipatórios do ser humano.⁵³⁴

Lançadas essas escassas luzes sobre essa perspectiva mais política e sociológica do que propriamente jurídico-normativa, passa-se à breve análise das principais teorias da democracia na contemporaneidade, preparando o terreno teórico para o debate acerca do Estado democrático de direito e seu conteúdo normativo-constitucional.

4.4.2.1 Algumas teorias da democracia: breves pinceladas sobre um quadro em constante construção

Na apresentação das diferentes teorias da democracia, CANOTILHO usa de uma didática menção aos seguintes modelos e concepções teóricas: a teoria democrático-pluralista; a teoria elitista da democracia; a teoria da democracia do “ordo-liberalismo”; a teoria normativa da democracia liberal; a teoria normativa da democracia republicana; a teoria normativa da democracia deliberativa; a teoria normativa da democracia discursiva; a teoria normativa da democracia corporatista; a concepção minimalista de democracia; e, a democracia eletrônica.⁵³⁵

⁵³³ BONAVIDES, *Teoria constitucional da democracia participativa...*, p. 09-13.

⁵³⁴ A concepção desse outro modelo de globalização é buscada na obra do sociólogo brasileiro Milton SANTOS. Nesse sentido, consultar: SANTOS, Milton. Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

⁵³⁵ CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 1409-1419.

Dentre os referidos modelos pode-se brevemente destacar a “teoria pluralista da democracia”, que tem um caráter ao mesmo tempo empírico e normativo. Para as teorias pluralistas o processo de formação da vontade democrática não reside nem no povo dos sistemas plebiscitários nem em uma noção de indivíduo abstrato (teoria liberal), mas em grupos decorrentes da frequência de interações sociais, sendo que as decisões estatais representariam os *inputs* veiculadores dos interesses desses grupos. As decisões políticas seriam o reflexo e a resposta a esses interesses de grupos sociais.⁵³⁶

Ainda que sejam possíveis diversas críticas ao modelo pluralista, em especial uma objeção realista de que os diferentes grupos de interesses não dispõem de iguais oportunidades de influência política, o constitucionalista lusitano ressalta que, sob uma perspectiva normativa, o pluralismo representa mais do que uma dimensão do princípio democrático, sendo mesmo um elemento constitutivo da ordem constitucional. Nesta esteira, as forças sociais e os grupos coletivos ostentariam uma “capacidade de transformação qualitativa das relações humanas”.⁵³⁷

Outra categoria referida é a “teoria elitista da democracia”, que parte de um conceito (até certo ponto realista) de democracia como método de obtenção do apoio do povo pela concorrência, uma forma de dominação fundada na concorrência para o exercício do poder, quando os governados decidem, pelo voto, “qual a elite concorrente que deveria exercer o poder”.⁵³⁸

Embora possam ser estabelecidos limites formais à escolha das políticas pelas elites governantes, não se pode negar que a teoria elitista apresenta uma profunda contraposição a qualquer modelo de participação popular ativa na determinação das decisões políticas. Inclusive, isto colide diretamente como os preceitos normativos do modelo de Estado social e democrático de direito estruturado pelo sistema constitucional brasileiro, fundado em um conjunto de princípios e direitos fundamentais (individuais e sociais), entre os quais a efetiva participação popular no diálogo político nacional e na formação das decisões que conformam o espírito político da comunidade.

Merece destaque, também, a “teoria normativa da democracia republicana”, que vê na política uma “dimensão constitutiva da vontade democrática”, pelo que a democracia se converte em um “compromisso

⁵³⁶ Ibidem, p. 1409.

⁵³⁷ Ibidem, p. 1411.

⁵³⁸ Ibidem, p. 1411-1412.

ético-político” com uma identidade coletiva da comunidade, uma “forma de reflexão do bem comum”, a “auto-organização política da comunidade no seu conjunto”. Diversamente da sua opositora “teoria normativa da democracia liberal”,⁵³⁹ fundada em uma teoria forte dos direitos e em uma desconfiança acerca da racionalidade da política, a concepção republicana entende o cidadão não somente como um sujeito de direitos e liberdades negativas, mas também (sobretudo) como um sujeito de direitos de participação e comunicação política (liberdades positivas).⁵⁴⁰

O avanço nessa rápida e incompleta visão geral leva a dois dos mais influentes modelos teóricos de democracia na atualidade, as chamadas concepções de democracia deliberativa e discursiva, que têm em HABERMAS o seu grande expoente filosófico. A diferir os dois modelos, em linhas gerais, está o fato de que a democracia discursiva não se assenta em direitos universais do homem nem na moral social de uma determinada comunidade, como ocorre em maior medida no modelo da democracia deliberativa (republicanismo-liberal).⁵⁴¹ A concepção discursiva de democracia está fundada em “regras de discussão, formas de argumentar, institucionalização de processos – rede de discussão e negociação – cujo fim é proporcionar uma solução nacional e universal a questões problemáticas, morais e éticas da sociedade”. Trata-se de um conceito procedimental de democracia, um processo de auto-organização política da sociedade, um modelo de democracia distanciada de concepções estatais e preocupada com a construção de “uma rede de comunicação e participação estruturante de uma sociedade democrática”.⁵⁴²

No modelo habermasiano de democracia discursiva são centrais os conceitos de esfera pública e sociedade civil. A noção de esfera pública é caracterizada pela participação igualitária e pública de um sujeito plural, quando os problemas são debatidos pela via de um processo comunicativo onde prevalece a autoridade do melhor

⁵³⁹ Sobre o modelo de democracia liberal, consultar: CUNNINGHAM, *Teorias da democracia*, p. 38-90.

⁵⁴⁰ CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 1414-1416.

⁵⁴¹ Sobre o modelo de democracia deliberativa, consultar: CUNNINGHAM, *Teorias da democracia*, p. 194-216; SILVA, Felipe Gonçalves. Iris Young, Nancy Fraser e Seyla Benhabib: uma disputa entre modelos críticos. In: NOBRE, Marcos (Org.). Curso livre de teoria crítica. Campinas: Papirus, 2008, p. 199-226.

⁵⁴² CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 1416-1417.

argumento. Um espaço marcado pela constante ampliação do domínio público, com a incorporação de novos problemas e questões submetidas ao debate racional. Para HABERMAS, a “esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfileiradas em temas específicos”.⁵⁴³

A noção habermasiana de sociedade civil revela-se como um espaço relevante na construção da ideia de esfera pública democrática, porquanto diretamente relacionada ao mundo da vida, o que assegura a proximidade com os problemas e questões do cidadão comum, sem uma elevada contaminação pela dinâmica instrumental.⁵⁴⁴

Uma crítica que pode ser dirigida ao modelo habermasiano de democracia procedimental-discursiva refere-se à necessidade de condições de igualdade de oportunidade e de participação livre e instruída no debate público, que estão muito distantes da realidade de democracias periféricas, como a brasileira. O *deficit* de educação política e de maturidade democrática da comunidade nacional faz com que, para além das teorias, esse tipo de proposta de democracia discursiva acabe por representar uma espécie de ideal distante.

Outro modelo de democracia, com claras disposições políticas e axiológicas, pode ser buscado na proposta bonavidiana de democracia participativa, que parte de uma concepção amplamente fundada no modelo de Estado constitucional de direito. Segundo BONAVIDES, este modelo representaria para os países de periferia a versão mais acabada e insubstituível do Estado social. Com base em uma análise bastante realista do debate institucional brasileiro, sustenta que a escravização do Legislativo pelo Executivo coloca os juízes e os tribunais em uma posição de autênticos defensores da ordem constitucional, cuja função é fortalecer a supremacia dos valores e princípios do Estado constitucional de direito.⁵⁴⁵

A partir de um modelo de discurso comprometido com a Constituição, o constitucionalista pátrio alerta que, em países de terceiro mundo como o Brasil, escravizados pelo capital transnacional globalizante, não há senão uma ditadura dissimulada em democracia representativa, onde, de resto, nem se sabe quem é e onde está o povo.

⁵⁴³ HABERMAS, *Direito e democracia...*, p. 92.

⁵⁴⁴ Ibidem, p. 99.

⁵⁴⁵ BONAVIDES, *Teoria constitucional da democracia participativa...*, p. 19-22.

Por isso, a democracia participativa pressupõe a superação da clássica noção de separação de poderes, avançando para uma divisão funcional e orgânica de poderes, fundada no princípio da unidade da Constituição, um constitucionalismo de luta e resistência, expressão ideológica da democracia participativa.⁵⁴⁶

Depois de atestar o papel nefasto que os meios de comunicação (mídia) têm desempenhado na construção de uma democracia real, responsáveis em larga medida pela passividade do povo (apatia política), BONAVIDES denuncia que a “mídia, nas mãos da classe dominante, é a mais irresistível força de sustentação do *status quo* e de seus governos conservadores, impopulares, injustos”.⁵⁴⁷

Com efeito, pode-se dizer que no Brasil há um espírito democrático bloqueado por um modelo de representatividade profundamente deslegitimado, inclusive pela crise de representatividade dos partidos políticos,⁵⁴⁸ uma democracia mutilada, sem a sua essência constitutiva (o povo). Mas é necessário ressaltar que a proposta de democracia participativa não pretende a supressão da esfera de representação política. Aposta sim no fortalecimento e na efetivação de uma esfera direta de participação popular, um modelo comprometido com a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, capaz de tornar viável aquela utopia emancipatória e libertária da Constituição Cidadã.

Ainda que instigante e sofisticada, uma proposta de democracia participativa assim concebida engendra algumas objeções. As grandes críticas conceituais e normativas a esta proposta político-ideológica de democracia participativa são aquelas comuns ao próprio neoconstitucionalismo, do qual retira seus principais elementos teóricos. Pode-se ressaltar, em especial, o seu inegável *deficit* democrático intrínseco, na medida em que o modelo reconhece no ativismo judicial um dos seus traços constitutivos, fenômeno que, a médio e longo prazo, pode resultar, inclusive, no acirramento daquele quadro de apatia política que se pretendia superar.

⁵⁴⁶ Ibidem, p. 26-30.

⁵⁴⁷ Ibidem, p. 47.

⁵⁴⁸ Sobre a problemática da crise de representatividade do modelo democrático e do sistema de partidos no Brasil, consultar: MEZZAROBBA, Orides. Introdução ao Direito Partidário brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; MEZZAROBBA, Orides. A reforma política e a crise de representatividade do sistema partidário brasileiro. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 27, n. 53, p. 95-112, dez. 2006.

No intento de fortalecer a participação popular, ainda que pela via do ativismo judicial, pode-se estar fomentando muito mais a figura do cidadão-cliente do sistema judicial do que o cidadão-participante (democracia participativa e cidadania ativa).⁵⁴⁹ Esta é sempre uma situação arriscada, porque submetida aos imponderáveis típicos dos fenômenos sociais e políticos, insuscetíveis de quaisquer previsões mais certas, como são atualmente os fenômenos meteorológicos.

Por outro lado, não se pode negar a fecunda semente emancipatória e libertária dessa proposta axiológica de democracia participativa. Mesmo se considerada a partir da sua firme crença no ativismo judicial, parece forçoso reconhecer que, em uma comunidade política alimentada por uma democracia ainda infante, a busca judicial pelos direitos já é um relevante elemento de educação cívica e formação cidadã para a democracia. Por certo, não se deve deixar cegar e seduzir irracional e ilimitadamente pelo “belo canto da sereia” do ativismo judicial, mas ignorar solenemente esse fenômeno, fechando os ouvidos com cera como fez o Ulisses mitológico, também não parece uma postura adequada para a construção do projeto de cidadania ativa e democracia participativa.

A luta pelo reconhecimento dos direitos, mesmo que pela via judicial, já planta no coração do indivíduo uma semente de cidadania ativa e participativa, põe na sua boca o doce gosto da perspectiva democrática, pelo que não parecem inconciliáveis o ativismo judicial de densificação dos direitos fundamentais e o modelo de democracia participativa. Esta não pode se esgotar naquele, mas aquele lhe serve de destacado e imediato combustível propulsor.⁵⁵⁰

⁵⁴⁹ Para um estudo panorâmico da noção de cidadania, consultar: MORAES, Alexandre de; KIM, Richard Pae (Org.). *Cidadania: o novo conceito jurídico e a sua relação com os direitos fundamentais individuais e coletivos*. São Paulo: Atlas, 2013.

⁵⁵⁰ Em sentido semelhante, sobre a compatibilidade entre o discurso democrático e o ativismo judicial, consultar: BORGE, Felipe Dezorzi. *Ativismo jurídico: expressão do acesso à Justiça e da cidadania ativa*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2317, nov. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13794>>. Acesso em: 02 fev. 2014; GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: o guardião de promessas*. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999; LEITE, Gisele. *Considerações sobre ativismo judicial, constitucionalismo e democracia*. Jus Navigandi, Teresina, ano 19, jan. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26337>>. Acesso em: 02 fev. 2014.

A democracia é o alimento espiritual para a alma política da comunidade, exigindo liberdade e igualdade, valores que não podem ser atingidos sem educação e formação cidadã. Para receber em plenitude o alimento espiritual democrático a comunidade política deve estar preparada, já confessada e exorcizada dos seus mais terríveis pecados de desigualdade social e de desapego a uma ética humanista. Não é possível conceber a ideia de um povo que luta por seus direitos e cumpre com os seus deveres, se nem mesmo sabe que os têm e nem se sente parte desse corpo político-social. Seria como tentar “convencer racionalmente” um peixe de que ele é uma ave, levá-lo a lugar alto qualquer e lançá-lo aos céus, dizendo: voa passarinho!

A formação política pressupõe educação e informação, o povo deve ser constituído e respeitado enquanto cidadão (sentimento de cidadania). Não se pode cogitar de um efetivo diálogo democrático (democracia discursiva) se grande parte do respectivo auditório (esfera pública) não dispõe de condições mínimas para a participação livre e instruída (elevados índices de analfabetismo formal e funcional). A verdade é que a história política de uma nação raramente se constrói com saltos (como aquele do “peixe passarinho”), a caminhada ocorre quase sempre a passos lentos.

Em suma, a proposta axiológica de democracia participativa representa um estágio na progressiva evolução para uma dimensão de democracia discursiva, naquele modelo habermasiano de procedimento dialógico aberto e plural, com igualdade de condições para a participação livre e instruída de todos os membros da esfera pública, em que os mais variados assuntos podem ser trazidos ao debate. No Brasil, este é ainda um projeto futurista, uma utopia a ser construída pela via libertária da educação e da formação política e cidadã da nação.

Ainda que o país tenha sido recentemente sacudido por uma importante onda de manifestações populares, com sólidas pautas reivindicatórias de melhor qualidade nos serviços públicos de transporte coletivo, saúde e educação, bem como duras críticas aos poderes constituídos e à epidemia de corrupção instalada em todas as esferas e estruturas de poder, em especial o Legislativo e o Executivo, não parece que isso possa ser catalogado como um passo decisivo de ruptura com a apatia política tupiniquim que reinou nas últimas décadas. Mas é, sem dúvida, um sinal a ser considerado. Uma das fragilidades desses movimentos parece habitar na sua rarefeita organização (informação e de formação política), o que os torna presas fáceis para hábeis mãos manipuladoras de seguimentos da mídia ou de outros grupos de

interesses, que podem tanto facilmente dispersá-los como também canalizá-los para outras conveniências de ocasião.

4.4.2.2 O Estado democrático de direito como princípio fundamental

Ao iniciar a apresentação da democracia como princípio normativo, CANOTILHO recorre àquela difundida formulação essencial de Abraham LINCOLN sobre a democracia, como o “governo do povo, pelo povo e para o povo”. Esta seria a “síntese mais lapidar dos momentos fundamentais do princípio democrático”, um verdadeiro “modo de justificação positiva da democracia”, que ele chama de “fórmula de Lincoln”.⁵⁵¹

Em sentido semelhante, BONAVIDES sustenta que o povo é o sujeito ativo do processo democrático, pelo que não há democracia sem participação, o que pode haver é uma ditadura constitucional. O povo é o pressuposto fundamental de todo o sistema democrático de poder. Nesta quadra, apresenta a noção de “povo” em três dimensões: povo no sentido político (ligado à noção de participação popular); povo no sentido jurídico (enquanto cidadania vinculada à determinada ordem jurídica); e povo no sentido sociológico (laços étnicos e culturais que formam a consciência nacional, povo enquanto nação).⁵⁵²

Mas antes de discutir o Estado democrático como princípio axiológico normativo fundamental da ordem constitucional brasileira, interessa abrir um breve parêntese para fazer menção ao próprio conteúdo normativo do Estado de direito, enquanto ordem constitucional de natureza constitutiva, material, procedimental e formal, “que visa dar resposta ao problema do conteúdo, extensão e modo de proceder da actividade do estado”, no sentido de “conformar as estruturas do poder político e a organização da sociedade segundo a *medida do direito*”, um “*meio de ordenação* racional e vinculativa de uma comunidade organizada”, conformado a partir do estabelecimento de regras e medidas, da prescrição de formas e procedimentos, e da criação de instituições.⁵⁵³

No sistema constitucional brasileiro o Estado de direito está umbilicalmente vinculado à concepção de Estado constitucional de direito, a partir de um complexo normativo que se espalha por quase

⁵⁵¹ CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 287.

⁵⁵² BONAVIDES, *Teoria constitucional da democracia participativa...*, p. 50-51.

⁵⁵³ CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 243.

toda a Constituição Federal, podendo ser identificado, dentre outras disposições, na organização da forma federativa de Estado (artigo 1º, *caput* e artigos 18 a 33), na separação de poderes e distribuição de funções (artigo 2º e artigos 44 a 126), na carta de direitos individuais, coletivos, sociais e políticos (em especial nos artigos 5º a 17), no processo legislativo (artigos 59 a 69), no controle de constitucionalidade (artigos 102 e 103) e nas prescrições que regem a Administração Pública (artigos 37 a 41).

Retomando a questão do Estado democrático de direito e seu *status* constitucional, cabe lembrar que o próprio preâmbulo da Constituição Federal já faz expressa menção ao “Estado democrático”, enquanto o artigo 1º, *caput* refere-se ao “Estado democrático de direito”. Outras Constituições trazem expressões semelhantes: a Lei Fundamental alemã de 1949 refere-se ao “Estado de direito republicano, democrático e social” (artigo 28); a Constituição portuguesa de 1976 somente mencionava a expressão “Estado de Direito democrático” em seu preâmbulo, sendo que, com a Revisão Constitucional de 1982, a formulação passou também para o articulado constitucional (artigos 2º e 9º, “b”); a Constituição espanhola de 1978 refere-se ao “Estado social e democrático de direito” (artigo 1º).⁵⁵⁴

Certamente, nada obstante a sintética expressão enunciativa, a Constituição Federal impõe ao Estado brasileiro um modelo de Estado republicano, social e democrático de direito, em todas as suas dimensões substanciais (materiais) e procedimentais (organizacionais). Vincula a legitimação do próprio Estado ao cumprimento de uma série de obrigações negativas (direitos de liberdade) e prestacionais (direitos sociais), os princípios relacionados à soberania popular, ao pluralismo, à cidadania e à participação política democrática, bem como impõe o cumprimento de diversas regras procedimentais para o exercício legítimo do poder.

Nesse sentido, CANOTILHO sustenta a democracia como um princípio jurídico-constitucional com dimensões materiais e organizativo-procedimentais, um princípio complexo forjado a partir das várias dimensões das próprias concepções de democracia. Em uma dimensão representativa, “o princípio democrático acolhe os mais importantes postulados da teoria democrática representativa – órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes”. Já a partir de uma dimensão participativa, o princípio

⁵⁵⁴ Para uma análise comparativa em diversas outras ordens constitucionais, consultar: MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional...*, p. 250.

democrático implica a “estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões, produzir *inputs* políticos democráticos”.⁵⁵⁵

Estas duas dimensões do princípio democrático estão largamente concretizadas no sistema constitucional brasileiro. O modelo de democracia representativa pode ser extraído do próprio artigo 1º, *parágrafo único* da Constituição Federal, quando enuncia que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Há, ainda, para exemplificar, as normas que regulam os órgãos representativos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (artigos 44 a 58); que preveem o pluralismo político⁵⁵⁶ como princípio fundamental (artigo 1º, V); que dispõem sobre o sufrágio universal, o voto direto, secreto e periódico (artigos 14, *caput* e 60, § 4º, II); que regulam os partidos políticos (artigo 17).

A perspectiva da democracia direta e participativa também está prevista, tanto no artigo 1º, *parágrafo único* da Constituição Federal, com no artigo 14, I, II e III (plebiscito, referendo e iniciativa popular de leis), além de todas as disposições constitucionais que asseguram a liberdade de expressão, o direito de reunião e de manifestação política (artigo 5º, VIII, IX e XVI), bem como a participação dos cidadãos na fiscalização das atividades estatais e na formação das decisões políticas, conforme restará discutido logo abaixo.

Em suma, pode-se entender o princípio democrático como um modelo dinâmico, em constante transformação, avesso a qualquer reducionismo ou aprisionamento estático em um conceito normativo ou político fechado. É princípio aberto e informador de todas as ações estatais e da sociedade, a apontar o caminho do contínuo processo de democratização do espaço público, a partir de um modelo de educação para a cidadania e do desenvolvimento livre de todas as pessoas (autodeterminação), com vistas à efetiva participação crítica no processo político, em igualdade de condições intelectuais, sociais, políticas e econômicas.

⁵⁵⁵ CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 287-288.

⁵⁵⁶ Para uma análise panorâmica sobre o tema do pluralismo político no Brasil, consultar: NASPOLINI, Samuel Dal-Farra. Pluralismo político: subsídios para análise dos sistemas político e eleitoral brasileiros em face da CF/88. Curitiba: Juruá, 2006.

Não restam dúvidas, portanto, que o princípio democrático e que a dimensão substancial e procedimental do Estado democrático de direito apontam na direção dos postulados da justiça material e da igualdade substancial, a funcionar não só como limites e fatores de legitimação formal à ação estatal, mas também (e sobretudo) como mecanismos de defesa e promoção dos direitos fundamentais (individuais e sociais). Uma relação dialética que não se esgota no relevante papel de defesa da liberdade de participação (liberdade de expressão, de manifestação, de reunião, de associação), atingindo também aqueles contornos prestacionais imprescindíveis à efetiva participação livre, na trilha da construção de uma democracia educacional, cultural, social e econômica.

Com efeito, não há genuína liberdade democrática sem igualdade material, sem as condições mínimas de participação ativa e crítica na vida pública. Na raiz constitutiva do Estado democrático de direito estão os direitos fundamentais individuais e sociais, em uma genética indissociável, que funda o próprio modelo de Estado constitucional de direito. Fora dessa dialética dos direitos fundamentais sempre haverá condições para o debate político acerca da democracia brasileira, mas não com sérias pretensões substantivas de legitimidade constitucional.

4.4.2.3 Estado democrático de direito, Administração Pública democrática, controle social e princípio da eficiência administrativa: algumas considerações

Umas das mais sensíveis transformações na dinâmica da disciplina jurídico-administrativa, a partir do vetor normativo estruturante do Estado democrático de direito, refere-se à sistemática do controle da Administração Pública, com a construção e ampliação de inúmeros canais diretamente vinculados ao que CANOTILHO definiu como a “democratização da democracia”, a democracia participativa como um princípio informador do Estado e da sociedade, o que faz surgir os primeiros sinais de construção de uma autêntica Administração Pública democrática ou a democratização da Administração.⁵⁵⁷

Sobre o controle da Administração Pública, importa considerar que a sistemática tradicional não reserva maior destaque ao fenômeno da participação popular (controle social), no controle dos atos administrativos e na formação das decisões políticas da

⁵⁵⁷ CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, p. 290.

Administração.⁵⁵⁸ Inclusive, a própria doutrina jusadministrativista, em especial aquela dos manuais, não dispensa uma preocupação mais aguda em relação ao controle popular (democracia participativa),⁵⁵⁹ limitando-se a esquematizar e difundir aquela estrutura básica dos sistemas de controle interno (de mérito e de legalidade), a cargo de cada entidade administrativa, e do controle externo (de legalidade em sentido estrito e de legitimidade/juridicidade), com destaque para o Poder Legislativo, com o auxílio dos Tribunais de Contas, o Poder Judiciário (ações típicas ou ações de rito ordinário) e o Ministério Público (em especial via termos de ajustamento de conduta).

Por outro lado, já passadas quase três décadas desde o advento da nova ordem constitucional brasileira, quando foram estabelecidos os contornos desse atual sistema institucionalizado de controle interno e externo do Poder Público, podem ser levantadas críticas consistentes no que concerne aos seus níveis de eficiência e efetividade no controle do agir administrativo, afora os elevados custos de manutenção de um sistema assim hipertrofiado de órgãos e agentes públicos, com diversas sobreposições de esferas de controle, modelo que se tem revelado a um só tempo dispendioso, lento e pouco proativo, ainda muito mais fundado em uma pedagogia punitiva do que na medida da orientação e do controle finalístico e de resultados.

Estas críticas ao modelo tradicional de controle administrativo reforçam a necessidade de uma maior atenção à previsão de diversos espaços e mecanismos de controle social, com a participação democrática da sociedade na fiscalização da gestão pública e no controle da atividade administrativa, que povoa em larga medida a ordem constitucional, dentre os quais podem ser destacados: 1. Direito à informação e petição aos órgãos públicos (artigos 5º, XXXIII e XXXIV; 31, § 3º e 162 da CF/88); 2. Direito à provocação judicial do controle dos atos administrativos via mandado de segurança, mandado de

⁵⁵⁸ Para estudos sobre os novos paradigmas do controle da Administração Pública, consultar: FIALHO, Andrea Cristina de Souza. A reforma do Estado e os novos paradigmas do controle da Administração Pública. In: SILVA, Maria Teresinha Pereira; ZANOTELLI, Maurício (Coord.). Direito e Administração Pública: por uma hermenêutica compatível com os desafios contemporâneos. Curitiba: Juruá, 2011, p. 63-80.

⁵⁵⁹ Para uma análise sobre o controle da Administração Pública a partir de uma perspectiva do controle popular, da transparência administrativa e de um novo modelo de Administração Pública democrática, consultar: FIGUEIREDO, Cláudio Eduardo Regis de. Administração gerencial & a reforma administrativa no Brasil. 1. ed. 7. tir. Curitiba: Juruá, 2008, p. 183-206.

injunção, habeas-data e ação popular (artigo 5º, LXIX, LXXI, LXXII e LXXIII da CF/88); 3. Direito de participação nos colegiados de órgãos públicos relativos aos respectivos interesses profissionais ou previdenciários (artigo 10 da CF/88); 4. Direito de participação do usuário de serviços públicos na Administração Pública direta e indireta (artigo 37, § 3º da CF/88); 5. Direito à provocação do controle externo, pela via dos Tribunais de Contas, em face de irregularidades (art. 74, §2º); 6. Direito de participação na fixação da política agrícola (artigo 187 da CF/88); 7. Direito à participação comunitária na gestão democrática e descentralizada da seguridade social, da saúde, assistência social e ensino público (artigos 194, *parágrafo único*, VII; 198, III; 204, II; e 206, VI da CF/88); 8. Direito de participação na proteção do patrimônio cultural (artigo 216, § 1º e 216-A, X da CF/88); 9. Direito de participação na defesa do meio ambiente (artigo 225 da CF/88); 10. Direito de participação na assistência à saúde e do adolescente (artigo 227, §1º da CF/88); 11. Direito de participação na gestão do Fundo de Combate à Pobreza (artigo 82 do ADCT).

No âmbito infraconstitucional também merece destaque, ainda, a edição de uma série de instrumentos legislativos que fomentam a participação popular e o controle social da Administração Pública, dos quais são exemplos: 1. Lei sobre a criação de Organizações Sociais (Lei Federal n. 9.637/1998); 2. Lei sobre a criação de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Lei Federal n. 9.790/1999); 3. Estatuto da Criança e do Adolescente e criação dos Conselhos Tutelares (Lei Federal n. 8.069/1990); 4. Lei que regula a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) (Lei Federal n. 8.142/1990); 5. Lei Orgânica da Assistência Social (Lei Federal n. 8.742/1993); 6. Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei Federal n. 9.394/1996); 7. Lei que regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica (FUNDEB) e o seu respectivo Conselho (Lei Federal n. 11.494/2007); 8. Lei de Acesso à Informação (Lei Federal n. 12.527/2011).

Outro relevante dado vem das diversas previsões legislativas espalhadas pelo ordenamento jurídico, que preveem a realização de audiências e consultas públicas sobre os mais variados temas,⁵⁶⁰ dentre as quais merece destaque: 1. O artigo 39 da Lei Federal n. 8.666/1993

⁵⁶⁰ Para uma análise do instituto da audiência pública, consultar: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 209, p. 153-167, jul./set. 1997.

(Lei de Licitações e Contratos), que determina a realização de audiência pública, como fase inicial, nos processos licitatórios de elevados montantes financeiros; 2. Os artigos 9º, § 4º e 48, *parágrafo único*, I da Lei Complementar Federal n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que preveem a realização de audiências públicas como instrumento de transparência da gestão fiscal do Poder Público; 3. Os artigos 31 a 34 da Lei Federal n. 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo Federal), que regulam as possibilidades de consultas públicas sobre matérias de interesse geral; 4. Os artigos 40, I, 43, 44 e 45 da Lei Federal n. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), que regulam as exigências de audiências públicas para a aprovação do Plano Diretor Municipal, a gestão democrática da cidade e a gestão orçamentária participativa.

No mesmo passo, as experiências havidas em torno do modelo de orçamento participativo⁵⁶¹ servem de exemplo do potencial de participação nas decisões administrativas que estes mecanismos podem oferecer. Por certo, inclusive por representarem instrumentos novos de participação, muitas vezes aplicados em comunidades ainda carentes de uma série de questões, carentes mesmo de formação política, estes mecanismos acabam não por não atingir todo o seu potencial emancipatório e participativo, podendo sucumbir a apropriações por interesses de grupos políticos e partidários, o que acaba por reduzir ou mesmo aniquilar, em alguns casos, o seu espírito de espaço de efetiva participação democrática e construção social das decisões do Poder Público.

Sobre a construção de um modelo de Administração Pública democrática e de participação administrativa, Gustavo Justino de OLIVEIRA apresenta três efeitos caracterizados como extremamente positivos: 1. Uma primeira questão refere-se à maior publicidade e transparência na condução dos assuntos de interesse coletivo, com a densificação do princípio da publicidade administrativa (artigo 37, *caput* da CF/88); 2. Da mesma forma, possibilita aos cidadãos um maior e melhor espaço de informação e conhecimento sobre as diretrizes dos

⁵⁶¹ Para uma análise panorâmica da questão da democracia pela via do orçamento participativo no Brasil e também no Estado de Santa Catarina, consultar: AVRITZER, Leonardo; NAVARRO, Zander (Org.). A inovação democrática no Brasil: o orçamento participativo. São Paulo: Cortez, 2003; LÜCHMANN, Lígia Helena Hahn; BORBA, Julian (Org.). Orçamento participativo: análise das experiências desenvolvidas em Santa Catarina. Florianópolis, Insular, 2007.

órgãos administrativos, o que enseja tanto a informação dos cidadãos, como habilita o órgão administrativo a decidir de forma mais acertada e justa, uma vez que passa a dispor de um maior conhecimento acerca da situação subjacente à decisão administrativa; 3. Há, ainda, outra importante contribuição, no sentido de que esses mecanismos de participação criam espaços de efetiva negociação, em que as decisões administrativas passam a ser tomadas a partir da harmônica ponderação entre os interesses envolvidos, na ótica da reciprocidade de concessões.⁵⁶²

Na mesma linha, sobre o fenômeno da democratização da atividade administrativa e seu fator de legitimação na comunidade política, BINENBOJM ressalta a “abertura e fomento à participação dos administrados nos processos decisórios da Administração, tanto em defesa de interesses individuais (participação *uti singulus*), como em nome de interesses gerais da coletividade (participação *uti cives*)”. Esta preocupação crescente com a disciplina e democratização dos procedimentos formativos da vontade administrativa acaba por contribuir para a consecução de três importantes finalidades públicas: 1. Respeito aos direitos do contraditório e ampla defesa dos interessados; 2. Aumento do nível de informação da Administração sobre os reflexos de determinada medida administrativa, sob a ótica dos cidadãos e previamente ao agir administrativo; 3. Alcance de um grau mais elevado de consensualidade e legitimação das decisões administrativas.⁵⁶³

Em uma relação conjugada e integrada à dimensão da participação popular na formação das decisões administrativas (controle social), substancialmente ampliada e densificada a partir do princípio estruturante do Estado democrático de direito, há também um enorme fomento da relevância normativa do princípio da eficiência administrativa.⁵⁶⁴ O Estado democrático de direito impõe, como nenhum

⁵⁶² OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Administração Pública democrática e a efetivação dos direitos fundamentais. Anais do Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília, p. 6802-6821, 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/gustavo_justino_de_oliveira.pdf>. Acesso em 03 fev. 2014.

⁵⁶³ BINENBOJM, *Uma teoria do Direito Administrativo...*, p. 77.

⁵⁶⁴ Para o estudo sobre o princípio constitucional da eficiência administrativa, consultar: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Princípio constitucional da eficiência administrativa. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012; GABARDO, Emerson. Eficiência e legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político. Barueri: Manole, 2003; HARGER, Marcelo. Reflexões iniciais sobre o princípio da eficiência. Revista de Direito

outro, o dever de eficiência ao Poder Público, sobretudo com vistas à efetiva promoção dos direitos fundamentais sociais, pela via da adequada prestação de serviços públicos e racionalização da atividade administrativa.

O princípio da eficiência administrativa somente foi alçado à condição de princípio constitucional expresso a partir da Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998, envolto no movimento de reforma administrativa do Estado brasileiro e normatização de instrumentos para um modelo gerencial de Administração Pública,⁵⁶⁵ positivado no artigo 37, *caput* da Constituição Federal. Nada obstante, não há maiores dificuldades em reconhecer que o dever de eficiência sempre esteve presente na atual ordem constitucional do país, o que pode ser extraído, por exemplo, da atribuição de controle da economicidade pelos sistemas de controle externo e interno de cada Poder (artigo 70, *caput* da CF/88); da avaliação de resultados quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial da Administração Pública (artigo 74, II da CF/88); da previsão de que lei deverá dispor sobre a organização e o funcionamento da segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades (artigo 144, § 7º da CF/88).

Ao analisar o princípio da eficiência administrativa, Paulo MODESTO sintetiza que a obrigação de atuação eficiente impõe: 1. Ação idônea (eficaz); 2. Ação econômica (otimizada); 3. Ação satisfatória (dotada de qualidade). A partir de tais parâmetros, define eficiência administrativa como a exigência jurídica, imposta à Administração Pública e àqueles que lhe façam as vezes “ou simplesmente recebem recursos públicos vinculados de subvenção ou fomento, de atuação idônea, econômica e satisfatória na realização das finalidades públicas que lhe forem confiadas por lei ou por ato ou contrato de direito público”.⁵⁶⁶

Administrativo, Rio de Janeiro, v. 217, p. 151-161, jul./set. 1999; MARCELLINO JR., Julio Cesar. Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito. Florianópolis: Habitus, 2009.

⁵⁶⁵ Para uma análise da reforma administrativa no Brasil e o modelo de Administração gerencial, consultar: FIGUEIREDO, *Administração gerencial...*, p. 65-182.

⁵⁶⁶ MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 48, dez. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/343>>. Acesso em: 03 fev. 2014.

Com base nesses parâmetros, não parece adequado considerar o princípio da eficiência administrativa, enquanto dever do agir administrativo, a partir de uma relação necessária, constitutiva ou até impositiva de um modelo gerencial (ou até, como se possa pensar, uma faceta neoliberal) de Administração Pública, ainda que a aproximação não seja de todo vazia. Na verdade, o dever instrumental de eficiência, tanto na perspectiva da racionalidade e otimização no uso dos meios e recursos disponíveis, como no aspecto da melhor satisfação possível dos resultados esperados e exigidos do agir administrativo (política e normativamente), apresenta-se como autêntica expressão normativa de densificação do próprio Estado democrático de direito, elemento instrumental fundamental à otimizada prossecução dos direitos fundamentais individuais e (sobretudo) sociais assegurados pela ordem constitucional, fator mesmo de legitimidade da atuação estatal.⁵⁶⁷

Em síntese, a ordem constitucional permite defender, com solidez conceitual, normativa, lógica e axiológica, na linha proposta por FREITAS, a existência de um autêntico direito fundamental à boa administração, a impor ao Estado não somente uma adequada gestão dos meios e recursos públicos no cumprimento das suas obrigações constitucionais, mas também e principalmente uma gestão aberta, um modelo de governança plural e democrática. Nesta quadra, cabe reconhecer a existência de um genuíno “direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas”.⁵⁶⁸

A exigência do cumprimento de padrões otimizados de eficiência na gestão administrativa, na prestação de serviços públicos de qualidade e na máxima ampliação e satisfação dos direitos fundamentais individuais e sociais constitui-se em decorrência direta e instrumento normativo de concretização do Estado democrático de direito. O direito fundamental dos cidadãos à boa administração determina a construção

⁵⁶⁷ Para um abalizado estudo sobre as dimensões da legitimidade, da finalidade, da eficiência administrativa e da consecução de resultados do agir da Administração Pública, a partir de uma perspectiva pós-moderna de Direito Administrativo e sua relação com o Estado democrático de direito e a prossecução dos direitos fundamentais, consultar: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

⁵⁶⁸ FREITAS, *Discricionariedade administrativa...*, p. 20.

de um tipo de Administração Pública que seja, a um só tempo, transparente e dialógica nas suas ações, mas também proba e imparcial na suas relações. Um modelo capaz de fundar o agir administrativo a partir de uma dimensão ponderada de princípios, inclusive a legalidade administrativa, com vistas à otimizada e eficiente concretização desse complexo sistema axiológico de regras e princípios constitucionais, em especial aqueles veiculadores de direitos fundamentais individuais e sociais.

4.4.3 O princípio republicano como princípio constitucional estruturante

Não há como definir ao certo as razões, mas o fato é que o estudo jurídico da noção de República como princípio constitucional não tem recebido quase nenhuma atenção ou demonstração de interesse pela doutrina nacional.⁵⁶⁹ Enquanto algumas temáticas relacionadas à teoria dos princípios, proporcionalidade, razoabilidade, direitos fundamentais e hermenêutica constitucional, apenas para exemplificar, recebem uma verdadeira “enxurrada” de estudos monográficos, ensaios, artigos e trabalhos acadêmicos de mestrado e doutorado, o que é sempre positivo para o amadurecimento do debate jurídico, outros assuntos ficam quase esquecidos, como ocorre com o estudo do princípio republicano.⁵⁷⁰

⁵⁶⁹ Na literatura jurídica nacional, vale ressaltar o trabalho do precocemente desaparecido publicista Geraldo ATALIBA, intitulado *República e Constituição*, um dos precursores debates sobre o tema, após o advento da Constituição Federal. Sobre o tema, consultar: ATALIBA, *República e constituição...*, 1998.

⁵⁷⁰ Sobre o tema específico do princípio republicano, e sem pretensões de uma indicação exaustiva, pode-se citar na literatura jurídica nacional: AMORIM, Carlos Alberto Novelino de. *Princípio republicano, cargos em comissão e clientelismo político nos Municípios do Estado do Rio de Janeiro: reflexões sobre a profissionalização da função pública no Brasil*. 2008. 116 f. Dissertação (Mestrado em Administração) – Curso de Mestrado em Administração Pública da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2008; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; CRUZ, Paulo Márcio. *Sobre o princípio republicano: aportes para um entendimento de bem comum e interesse da maioria*. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília, p. 845-860, 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/14_98.pdf>. Acesso em 29 jan. 2014; CRUZ, Paulo Márcio; SCHMITZ, Sérgio Antonio. *Sobre o princípio republicano*. Revista Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, v. 13, n. 01, p. 43-54, jan./jun. 2008; LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Reflexões em*

A afirmação desse quadro pode ser colhida, inclusive, nas reflexões de Luiz Henrique Urquhart CADEMARTORI e Paulo Márcio CRUZ, quando esclarecem que, embora vastamente empregados no universo jurídico e nos domínios da ciência política, República e princípio republicano são categorias, no mais das vezes, não adequadamente compreendidas, porquanto “normalmente operadas a partir de conceitos modernos insuficientes ou parciais”. Isso traz, por conseguinte, sérios prejuízos ao próprio entendimento de outras categorias correlacionadas, como os direitos fundamentais, a cidadania e a própria democracia. Como “princípio reitor de todo ordenamento jurídico”, o princípio republicano possui conteúdo jurídico autônomo, pelo que não pode ser confundido conceitualmente com outros princípios com os quais guarda constante diálogo, como o Estado democrático de direito, a temporalidade dos mandatos eletivos, a democracia representativa e a dignidade da pessoa humana.⁵⁷¹

Convém, desde já, esclarecer que, embora não diretamente relacionado à concepção jurídico-normativa do princípio republicano, conforme aqui referido, a discussão em torno da noção de República vem recebendo, mais recentemente, um importante influxo de estudos filosóficos e políticos, sobretudo a partir do debate entre as correntes do “liberalismo” e do “republicanismo” (neorrepublicanismo),⁵⁷² sendo, para alguns autores, que este último poderia ser tomado em certa medida

torno do princípio republicano. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 100, p. 189-200, jan./dez. 2005; SILVA, Michel Mascarenhas. A democracia moderna e o princípio republicano: uma imbricação necessária para a proteção do interesse público. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2950, jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19671>>. Acesso em: 29 jan. 2014.

⁵⁷¹ CADEMARTORI; CRUZ, *Sobre o princípio republicano...*, p. 845-846.

⁵⁷² Ultrapassa os limites da presente abordagem a recuperação do complexo e riquíssimo debate entre as diversas concepções de liberalismo, de republicanismo e de comunitarismo. Para uma análise panorâmica o tema, consultar: CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; DIAS, André de Vasconcelos. Teorias republicanas da democracia. 2008. 76 f. Monografia da Disciplina de Direito Constitucional (Mestrado em Direito) – Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2008; PINTO, Ricardo Leite. Liberdade republicana e Estado constitucional. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, v. LXXXVI, p. 429-474, 2010.

como sinônimo de “comunitarismo”.⁵⁷³ Antes da abordagem acerca dos contornos e do conteúdo do princípio jurídico-constitucional republicano, vale trazer uma breve recuperação dos seus antecedentes históricos e filosóficos, a partir da noção de República.

4.4.3.1 Antecedentes históricos e filosóficos da noção de República: a busca do “elo substantivo perdido”

A dimensão moderna de República está fundada mais em conceitos formais de como são escolhidos os governantes (se por eleição ou se por hereditariedade), por vezes até confundida com uma noção de democracia representativa e suas disposições formais e procedimentais, do que em uma concepção substantiva de governo republicano. Esse é o interesse maior na recuperação, ainda que breve, de um conceito republicano substantivo, desde a Antiguidade, a fim de se estabelecerem os contornos adequados do princípio republicano na atualidade.

A recuperação histórica da ideia de República no pensamento político deve ser buscada na Antiguidade clássica grega, em especial nos pensamentos platônico e aristotélico. De início, importa ressaltar a considerável dificuldade na recuperação da noção clássica de República, pois esta concepção é um tanto estranha à linguagem e à política grega. Conquanto a mais difundida e traduzida obra platônica tenha sido legada sob o título de “*A República*”, sua designação original era *Politeía*, um termo riquíssimo de sentidos e significações no grego clássico, podendo indicar tanto uma noção de Constituição (como forma de governo em um Estado soberano), como uma ideia de Estado ou até um regime político.⁵⁷⁴ Com efeito, o termo “politeía” deriva de “polités”, o habitante e participante da “pólis”, a cidade-estado grega. “Politeía” designa mais amplamente a comunidade dos cidadãos nas suas relações orgânicas, especializando-se, com a reflexão filosófica, no sentido das próprias relações, e daí vem a significar “Estado” e as leis e instituições que o organizam.

A teoria política platônica oferece o desenho de um regime ideal de governo, admitindo a existência de seis formas de governo: duas

⁵⁷³ Sobre o tema, consultar: DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. A construção social do sentido da Constituição na democracia contemporânea: entre soberania popular e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 80.

⁵⁷⁴ Nesse sentido: ALVES, Pedro Delgado. O princípio republicano. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, v. XLVIII, n. 1 e 2, 165-270, 2007, p. 167; PLATÃO, *A República...*, p. 14.

delas seriam a manifestação da constituição ideal (a monarquia e a aristocracia); uma delas representaria a transição entre as formas perfeitas e as imperfeitas (a timocracia – forma de governo fundada na honra); e, as três outras corresponderiam a formas indesejáveis ou degeneradas (a tirania, a oligarquia e a democracia).⁵⁷⁵

Esta questão é recuperada pelo pensamento aristotélico, sendo que a sua proposta de tipologia dos governos assenta basicamente no número de governantes e no interesse regente das ações do governo. Assim, formula a distinção dos governos em autênticos (constitucionais) ou degenerados (despóticos) a partir da noção-chave de “bem comum”,⁵⁷⁶ pressuposto do governo constitucional e ausente no governo despótico, este cuja finalidade estaria assente no bem da classe dominante. Para ARISTÓTELES, existiriam três formas autênticas de governo (ou constitucionais): monarquia, aristocracia e democracia moderada; e três degeneradas (ou despóticas): tirania, oligarquia e democracia extremada (ou governo da plebe). Um bom governo (das leis, constitucional) seria aquele capaz de se guiar pela razão sem paixão. Nesse sentido, quem melhor conduziria tal governo seria a classe média, que não agiria por interesse próprio, mas no interesse comum, o que justificaria a sua maior capacidade para o prudente exercício da coisa pública.⁵⁷⁷

Sobre o interesse da filosofia política na recuperação da noção de República na Antiguidade grega, com destaque especial para o modelo ateniense, Pedro Delgado ALVES esclarece que isso não ocorre somente “por se tratar da maior e mais importante polis grega do período em estudo, mas porque se trata da forma mais avançada de organização política e de desenvolvimento da ideia de cidadania”, sendo que as concepções de “*isonomia*, igualdade perante a lei de todos os cidadãos, acaba por operar como um equivalente de democracia no sentido moderno do termo, particularmente se associada à ideia de *isegoria*, ou seja, a liberdade de expressão associada ao desempenho de direitos políticos”.⁵⁷⁸

Outra relevante contribuição para a construção do conceito de República pode ser recuperado da Antiguidade romana, em especial nos escritos de CÍCERO, do qual se pode extrair uma concepção de

⁵⁷⁵ PLATÃO, *A República...*, p. 327-364.

⁵⁷⁶ Sobre a noção de bem comum em ARISTÓTELES, ver os estudos levados a efeito no subitem 1.2.1 do capítulo primeiro.

⁵⁷⁷ ARISTÓTELES, *A Política...*, p. 119-225.

⁵⁷⁸ ALVES, *O princípio republicano...*, p. 181.

República enquanto propriedade do povo (*res populi*) ou coisa pública (*res publica*). No pensamento político ciceroniano o conceito de *res publica* não está fundado em uma perspectiva formal vinculada a quem exerce o poder (repartição do poder), mas em uma dimensão substancial e finalística do poder, ou seja, os fins pelos quais o poder é exercido, se de forma reta, honesta e em favor dos interesses de todos (compromisso ético-político).⁵⁷⁹ Isto remete à concepção ciceroniana de utilidade comum (*utilitas communis*),⁵⁸⁰ o que modernamente pode ser entendido como a ideia de interesse público da comunidade política.

A noção de República ciceroniana guarda sensíveis relações com a própria concepção de Estado em Roma, um conceito completamente diverso daquele que nos tem legado a Modernidade. Nesse sentido, José Isaac PILATI adverte que em “Roma, o Estado não é uma pessoa; é um lugar, uma praça, onde se reúnem os romanos, que partilham bens coletivos como o *ager publicus*; coletivos, no sentido de pertencentes aos romanos e não a um Estado separado deles”, o que permite considerar que, na República romana, “os Romanos são condôminos dos bens públicos, sem representantes intermediários, com direito a invocar ações populares à defesa do coletivo, ou seja, daqueles bens dos quais não se dispunha individualmente, só coletivamente”.⁵⁸¹

De fato, a recuperação da dimensão coletiva e da concepção de *res publica*, que conformam a genética da República romana, são essenciais para a compreensão dos modelos republicanos que a sucederam, inclusive para as concepções republicanas moderna e contemporânea. A partir de uma análise da República romana instaurada a partir do ano 509 a.C., após a queda da Monarquia, ALVES ressalta que o modelo republicano “vai manter uma considerável estabilidade interna, permitindo a consolidação das fronteiras, a hegemonia em Itália e a derrota de Cartago, única potência do Mediterrâneo Ocidental com capacidade para ameaçar sua supremacia”. Nesse sentido, mesmo envolta em constantes e graves tensões sociais e políticas internas, “Roma consegue adaptar as suas estruturas institucionais e aligeirar o peso oligárquico do regime mediante cedência à plebe, designadamente através da criação do tribunado da plebe (494 a.C.) ou da atribuição de

⁵⁷⁹ CÍCERO, *Da República...*, p. 24-30.

⁵⁸⁰ Sobre a concepção de utilidade pública em CÍCERO, ver os estudos levados a efeito no subitem 1.2.1 do capítulo primeiro.

⁵⁸¹ PILATI, José Isaac. Os interesses coletivos perante a legislação autoral individualista: perspectivas da sua tutela. *Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 27, n. 52, p. 163-182, jul. 2006, p. 190.

força de lei às deliberações do *concilium plebis*, a assembleia da plebe (287 a.C.)”.⁵⁸²

Sobre a República romana, Enrique Ricardo LEWANDOWSKI relembra que ela “encerra a ideia de coisa comum, de um bem pertencente à coletividade, correspondendo em linhas gerais à antiga noção grega de *politeia*, regime em que os cidadãos participavam ativamente da gestão da *polis*”. Nesta quadra, na República romana os cidadãos de pleno direito (*optimo jure*) “eram detentores de direitos políticos (*Jura política*), que compreendiam o voto nos comícios, a elegibilidade para as magistraturas, o acesso ao sacerdócio e faculdade de apelar quando processados”, sendo que havia, ainda, os “direitos civis (*jura privata*), que incluíam a propriedade, o casamento entre iguais e a possibilidade de demandar na justiça”, bem como as “obrigações (*munera*), com destaque para o dever de participar do recenseamento (*census*), de servir no exército (*militia*) e de pagar imposto (*tributum*)”.⁵⁸³

Afora a centralidade substantiva da dimensão pública e da noção de bem comum no conceito de República da Antiguidade clássica, pode-se também buscar no pensamento político maquiaveliano um rico e fecundo espaço para a recuperação histórica e filosófica do conceito de República. MAQUIAVEL estrutura uma nova tipologia de formas de governo que passará a ser reproduzida com inegável preponderância na ciência política moderna. É clássica aquela passagem em que abre o seu “*O Príncipe*”, sustentando que “todos os Estados, todos os domínios que tiveram ou têm autoridade sobre os homens foram e são ou repúblicas ou principados”.⁵⁸⁴

Com efeito, da teoria maquiaveliana é possível extrair algumas das bases da ciência política legada à contemporaneidade, a partir da noção moderna de Estado, da disposição bipartida dos governos em Monarquias e Repúblicas e, sobretudo, da construção de uma nova moralidade política e de uma nova perspectiva de bem comum, a partir de uma sofisticada dimensão de virtude cívica. Sua doutrina política,

⁵⁸² Para uma breve análise das instituições da República romana, em especial as Magistraturas, as Assembleias (*comitia*) e o Senado, consultar: ALVES, *O princípio republicano...*, p. 182-184. Para uma análise sobre os “Tribunatos da Plebe” (*Tribuni Plebis*), consultar: TAFARO, Sebastiano. La herencia de los *tribuni plebis*. Revista General de Derecho Romano, Madrid, n. 11, 2008.

⁵⁸³ LEWANDOWSKI, *Reflexões em torno do princípio republicano...*, p. 190-195.

⁵⁸⁴ MAQUIAVEL, *O príncipe...*, p. 03.

fundada no realismo político e em um conceito de humanismo apartado da filosofia cristã, introduz uma genuína ideia de virtude cívica que ecoa até a atualidade, servindo de base para muitas das concepções republicanas do período moderno.

Nesta recuperação histórica e filosófica da noção de República, interessa também mencionar, ainda que brevemente, o pensamento político rousseauiano e sua defesa da alternativa republicana pela via da crítica ao sistema monárquico, uma espécie de republicanismo antimonárquico, que também vai marcar largamente o pensamento moderno. Ainda que promova uma divisão dos governos basicamente pelo número de membros que a compõem, ROUSSEAU defende que a base de um governo republicano reside na ação política determinada pela vontade geral, expressão máxima da razão coletiva do corpo da comunidade, única capaz de conduzir o Estado e a sociedade ao bem comum.⁵⁸⁵

A concepção formal de República (governo temporário e eletivo) em contraposição à Monarquia (governo hereditário e vitalício) vai acompanhar boa parte da Modernidade. Mas na filosofia kantiana a concepção de República passa a ser tratada a partir de uma constante política e jurídico-normativa. Essa noção de constituição republicana está assentada em três princípios básicos: liberdade para todos os membros da sociedade, sujeição de todos a um mesmo corpo de legislação e igualdade entre todos os cidadãos.⁵⁸⁶

Para KANT, afora uma classificação dos regimes políticos fundada na forma da soberania, que pode redundar nas categorias clássicas da autocracia, da aristocracia e da democracia, é possível proceder à análise a partir da maneira como o poder é exercido, com a substancial divisão entre o poder governamental e o Parlamento, a indicar uma República, ou com a ausência dessa separação de poderes, o que acarreta o despotismo.

Para a filosofia kantiana o governo republicano seria o único em condições de alcançar o projeto de paz perpétua, sendo a constituição republicana a única perfeitamente adequada ao direito dos homens, embora advirta e reconheça que “é também a mais difícil de estabelecer,

⁵⁸⁵ ROUSSEAU, *O contrato social...*, p. 71-95.

⁵⁸⁶ KANT, Immanuel. A paz perpétua: um projecto filosófico. Tradução de Artur Morão. Covilhã: LusoSofia – Biblioteca Online de Filosofia e Cultura, 2008, p. 11. Disponível em: <http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2014.

e mais ainda de conservar, e a tal ponto que muitos afirmam que deve ser um Estado de anjos porque os homens, com as suas tendências egoístas, não estão capacitados para uma constituição de tão sublime forma”.⁵⁸⁷

Em síntese, o pensamento kantiano suprime e castra em larga medida aquela dimensão eminentemente cívica e política da noção de República vinculada às precedentes concepções de bem comum, utilidade pública, virtude cívica ou vontade geral, inaugurando o debate do republicanismo a partir dos princípios básicos da liberdade jurídica e autodeterminação (autonomia), da sujeição ao conjunto de leis e da igualdade jurídica dos membros da comunidade política enquanto cidadãos.

Essas reformulações do conceito republicano, afastado daqueles componentes políticos da prossecução do bem comum e da promoção da virtude cívica, acabam por aproximá-lo de uma perspectiva muito mais formal do que substancial. A Modernidade assume as ideias republicanas mais a partir da sua associação aos modelos de governo representativo e concepções modernas de democracia, da sua relação com o princípio da separação de poderes e da sua oposição aos governos monárquicos hereditários, do que com base em uma dimensão substantiva de defesa do bem comum (Republicanismo ateniense) e de participação coletiva nas decisões da coisa pública (República romana). O debate acerca de uma dimensão substantiva do republicanismo (neorrepublicanismo), com o resgate das discussões sobre a natureza do espaço público e a recuperação de valores coletivos (virtudes cívicas), somente será retomado a partir das últimas décadas do século XX, já no limiar do terceiro milênio.⁵⁸⁸

4.4.3.2 O princípio republicano como princípio axiológico fundamental

A recuperação histórica e filosófica da noção de República deixa transparecer o debate contemporâneo entre as concepções liberais,

⁵⁸⁷ Ibidem, p. 28.

⁵⁸⁸ Para uma análise dos debates em torno do chamado neorrepublicanismo, a partir dos aportes teóricos e filosóficos de autores como J G A POCKOCK, Quentin SKINNER e Philip PETTIT, consultar: ELIAS, Maria Lígia Granado Rodrigues. Democracia e participação política no novo republicanismo: um estudo sobre o pensamento de Philip Pettit. 2008. 112 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Curso de Pós-Graduação em Sociologia Política da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.

fundadas basicamente em uma ideia forte de individualismo, de liberdade e autonomia da esfera privada, e as concepções relacionadas ao republicanismo (ou neorrepblicanismo), que sustentam a necessidade de retomada da proeminência da esfera pública e da defesa do bem comum, a partir de uma noção contemporânea de interesse público e de virtudes cívicas.

Por certo, a construção do conteúdo do princípio republicano não pode ser reduzida a uma (quase acanhada) dimensão formal-procedimental, relacionada à forma pela qual são escolhidos os governantes da nação (temporalidade dos mandatos eletivos). No sistema constitucional brasileiro o princípio republicano é alçado à condição de princípio axiológico estruturante do Estado constitucional de direito, um princípio jurídico-político substantivo, que funciona como parte do núcleo essencial da Constituição e informa toda a normatividade constitucional, servindo de base e esteio à defesa e promoção de todos os direitos e interesses da coletividade dos cidadãos, assim considerados.

Trata-se de um princípio constitucional aberto e dinâmico, concretizado a partir de uma série de outros princípios (gerais e especiais) e regras constitucionais, bem como as demais normas de concretização legislativa e decisões administrativas e judiciais, a partir de um constante e complexo diálogo e da relação dialética com os demais princípios estruturantes da ordem constitucional, como os princípios da dignidade da pessoa humana e do Estado democrático de direito.

Sobre a construção de um modelo republicano fundado na dignidade humana, Luís Pedro Pereira COUTINHO oferece uma noção de República assente em uma dimensão de ordem, que “corresponde à estruturação normativa de uma existência colectiva, enquanto tal definidora do estatuto dos membros de uma comunidade historicamente alcançada e instituidora de um poder político que os subordina”. E, a partir dessa dimensão de ordem normativa, não enquanto mero e instável resultado de uma decisão política da comunidade, mas enquanto parametrização moral e ética fundamental da humanidade, o constitucionalista lusitano defende o princípio da dignidade humana como o princípio legitimador da República, uma “República baseada na dignidade humana”.⁵⁸⁹

⁵⁸⁹ COUTINHO, Luís Pedro Pereira. Do que a República é: uma República baseada na dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge (Org.). Estudos em

Em sentido semelhante, depois de defender que o princípio republicano representa a “viga mestra do sentimento constitucional”, LEWANDOWSKI o define como “um estado de espírito coletivo que, ‘transcendendo todos os antagonismos e tensões existentes, político-partidárias, econômico-sociais, religiosas ou de outro tipo, integra os detentores e destinatários do poder num marco de uma ordem comunitária obrigatória’”. E, nesta linha, aproxima claramente o princípio republicano a uma perspectiva substantiva e axiológica de projeto democrático (parametrização moral e política), ao justificá-lo como fruto de um sentimento de repulsa ao regime militar de exceção e de “repúdio ao passado histórico de autoritarismo político e de exclusão social, consubstanciando um projeto de desenvolvimento nacional que busca a superação das desigualdades, a efetivação dos direitos fundamentais e a consolidação da democracia”.⁵⁹⁰

Certamente, não se está a defender que o princípio republicano seja obra inovadora do legislador constituinte de 1988. É sabido e consabido que, desde a Constituição de 1891, o Estado brasileiro assumiu a forma republicana, sem jamais tê-la abandonado. Mas, até o advento da ordem constitucional de 1988, sua genética formal-procedimental falava muito mais alto, abafando qualquer traço substantivo porventura normatizado.

Não se pode, inclusive, esquecer que aquela crítica ideológica lançada contra o princípio da supremacia do interesse público,⁵⁹¹ aqui também adquire espaço, no sentido de que, embora normativamente republicano, o Estado brasileiro jamais conseguiu se apartar daquela sua genética patrimonialista e da ilegítima e epidêmica colonização do espaço público por interesses egoísticos de grupos que se revezam no poder, verdadeiras traças a corroer o tecido sociopolítico nacional e a plantar no senso comum um sentimento de desesperança e desencanto com a esfera pública.

Por certo, as bases substantivas políticas e sociais para o choque normativo e ideológico de republicanização e democratização nacional só foram estabelecidas com a Constituição Cidadã. Mas da vontade normativa para a realidade das ruas e das repartições públicas há um descompasso de tempo considerável, a demonstrar que essa dimensão

homenagem ao Prof. Doutor Martin de Albuquerque. v. II. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 187-211.

⁵⁹⁰ LEWANDOWSKI, *Reflexões em torno do princípio republicano...*, p. 197.

⁵⁹¹ A crítica ideológica ao princípio da supremacia do interesse público pode ser recuperada no subitem 2.3.2.2 do capítulo segundo.

substantiva de República aqui alinhada não pode ser entendida como um conceito político ou jurídico acabado, mas como uma constante ética e ideológica em contínua construção, mais uma utopia humanista a ser recuperada e vitaminada no seio da comunidade política.

Sobre essa dimensão axiológica ou ideológica do princípio republicano, CADEMARTORI e CRUZ partem da noção de interesse da maioria vinculada às ideias de bem comum e de resgate da coisa pública (esfera pública), o que os leva a sustentar o princípio republicano como o “princípio dos princípios”, que funciona “como a matriz político-ideológica do ordenamento e vincula todas as outras normas jurídicas”, pelo que o seu real significado “permite que se estabeleçam hipóteses e que se possa propor desdobramentos para todo o Direito Público, com uma melhor e mais segura compreensão do conteúdo, sentido e alcance de todos os seus institutos. A República é uma espécie de síntese de todas as instituições”.⁵⁹²

Essas considerações, embora sofisticadas e bem fundadas, não podem ser assumidas sem uma necessária reflexão crítica. Importa, de início, reconhecer que os referidos autores são expressos em afirmar que essa noção do princípio republicano como o “princípio dos princípios” não dialoga com qualquer feição autoritária ou monolítica, pelo que o interesse da maioria sempre estará adstrito “aos limites republicanos, ou seja, circunscritos aos ditames do Estado Democrático de Direito, aos Direitos Humanos, à Dignidade da Pessoa Humana, à Temporalidade dos Mandatos Eletivos, à Democracia Direta e Representativa e aos demais princípios que emanam do Princípio Republicano”.⁵⁹³

Nada obstante, não parece sustentável a defesa de que todo o sistema normativo constitucional estaria submetido à perspectiva estruturante do princípio republicano, assim entendido como o “princípio dos princípios”. Não parece adequada ou mesmo compatível com o Estado constitucional de direito, nos termos aqui estabelecidos, a ideia de que sob o princípio republicano estariam assentados todos os demais princípios fundamentais gerais e especiais, em uma síntese completa da normatividade constitucional, inclusive no sentido de que o Estado democrático de direito e o princípio federativo seriam estruturas instrumentais à consecução do princípio republicano e aos interesses da maioria. Não se pode concordar com uma dimensão assim totalizante e absoluta do princípio republicano, como “valor maior que conforma todo o ordenamento jurídico no qual o interesse de muitos ou de todos

⁵⁹² CADEMARTORI; CRUZ, *Sobre o princípio republicano...*, p. 848-854.

⁵⁹³ *Ibidem*, p. 855.

suplante sempre o interesse de poucos ou de um: o Princípio Republicano é um inestimável instrumento para a consecução da Justiça, em seu tríplice aspecto (comutativa, distributiva e social)”⁵⁹⁴.

Uma medida assim forte e totalizante de princípio republicano corresponde em larga medida, do ponto de vista epistemológico, axiológico, e ideológico, à ressurreição do combatido e superado princípio abstrato da supremacia do interesse público, com todas as suas respectivas incongruências teóricas e insubsistências lógicas e axiológicas. No Brasil, um princípio ideal assim concebido exige ignorar o fato de que os mais de cem anos de República ainda não foram suficientes para “republicanizar” o Estado. Nem se fala em “republicizar”, porque isso remete a uma falsa ideia de que em algum momento o Estado brasileiro já foi, genuinamente, público – o que não encontra respaldo histórico. Somente agora, com a Constituição Cidadã, é que se pode falar em uma “Primeira República brasileira”, um Estado republicano do ponto de vista substantivo. Mas este é um processo social e político que requer uma dimensão histórica, a paulatina criação de uma cultura de esfera pública na sociedade. Não há como falar em um conceito normativo de esfera pública, de coisa pública, de *res publica*, se não estão dadas as suas bases sociais e políticas.

No mesmo quadrante, do ponto de vista normativo, isso exigiria reconhecer que a ordem constitucional compactua com um realinhamento normativo mais ao Estado e com o esvaziamento daquele propalado personalismo constitucional, focado no cidadão e não no poder estatal. A ideia de um princípio assim forte e com claras vocações de um centralismo absolutista da racionalidade normativa constitucional depõe contra a própria perspectiva aberta, dinâmica e pluralista do Estado constitucional de direito, que perde em funcionalidade sistêmica e em efetividade normativa, sobretudo se pensado pela via dos direitos e garantias fundamentais.

Apenas para um exercício retórico, pode-se dizer que a defesa de uma dimensão assim totalizante do princípio republicano somente seria legítima, se pensada a partir de um modelo ideal de Estado republicano, radicalmente fundado sobre as bases de uma sociedade efetivamente livre e materialmente igualitária, instrumentalizada por uma noção de democracia participativa e pelo primado da dignidade humana. Mas estes modelos de Estado e de sociedade assim descritos não existem. E o

⁵⁹⁴ Nesse sentido: CRUZ; SCHMITZ, *Sobre o princípio republicano...*, p. 49-50.

Brasil, por certo, não serve de parâmetro para qualquer tentativa de aproximação a um modelo idealista assim estruturado.

Em síntese, o princípio republicano é aqui assumido na sua dimensão axiológica de princípio constitucional estruturante, que deve ser densificado a partir do diálogo contínuo e de complexa conformação dialética com os princípios da dignidade humana e do Estado democrático de direito, com vistas à defesa e promoção dos direitos, interesses e valores plasmados no seio da Constituição Federal e na respectiva ordem jurídica correspondente.

4.4.3.3 Princípio republicano e prerrogativas da Administração Pública: um debate necessário

As recuperações históricas e filosóficas do princípio republicano culminam com o reconhecimento da sua disposição de princípio constitucional estruturante do regime jurídico administrativo. No Estado constitucional de direito, muito mais do que uma feição meramente formal-adjetiva (procedimental), o princípio republicano alcança uma perspectiva axiológica e substantiva, a ser concretizada a partir da dialética e dialógica ponderação com os demais princípios constitucionais estruturantes, entre os quais a dignidade humana e o Estado democrático de direito.

A dinâmica de densificação do princípio republicano atinge, também, uma enorme teia de regras e princípios constitucionais conformadores, de normas infraconstitucionais e de decisões administrativas e judiciais, sobre o complexo amálgama do princípio do interesse público, um princípio implícito que funda seu *status* constitucional no próprio princípio republicano. Mas não a partir de qualquer dimensão teórica ou axiológica (fraca ou forte) de supremacia abstrata e apriorística do interesse público sobre o particular, e sim pela via do paradigma emergente aqui delineado, inspiração da noção de supremacia da Constituição e da defesa e promoção dos direitos fundamentais.

No paradigma tradicional da supremacia do interesse público, entendido o regime jurídico administrativo a partir da estatizante relação bidimensional de prerrogativas e sujeições, o conjunto de prerrogativas da Administração Pública seria justificável a partir do próprio fenômeno da verticalização administrativa (assimetria entre a Administração Pública e os cidadãos), com a efetiva prevalência do Estado sobre a pessoa. O Estado, único responsável pela prossecução do interesse público (função instrumental), acabaria mesmo por corporificá-lo e

personificá-lo, o que levaria a legitimar uma ordem de prerrogativas e privilégios administrativos (substantivos e adjetivos), “como uma projeção natural – aceita quase, ousaria dizer, como um dado da natureza mesma das coisas – da superioridade jurídica dos interesses do Estado em relação aos interesses do indivíduo”.⁵⁹⁵

As expressões da relação de assimetria substantiva e adjetiva entre a Administração Pública e os particulares (prerrogativas administrativas) podem ser abordadas a partir de diferentes planos. Há, por exemplo, inúmeras prerrogativas relacionadas a uma dimensão processual, ligadas a privilégios discriminatórios e derogatórios do primado da isonomia, conferidos à Fazenda Pública em juízo,⁵⁹⁶ como: 1. Prazos processuais dilatados: a Fazenda Pública e o Ministério Público têm prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer (artigo 188 do Código de Processo Civil), privilégio estendido expressamente às autarquias e fundações públicas (artigo 10 da Lei Federal n. 9.469/1997); 2. Confissão ficta e revelia: há consolidado entendimento de que a ausência do preposto da Administração Pública não induz à confissão ficta, e que a falta de contestação ou contestação extemporânea não acarretam a revelia, porquanto o Poder Público defende interesses indisponíveis; 3. Duplo grau de jurisdição: ressalvadas as exceções legais, estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeitos senão depois de confirmadas pelo tribunal, as sentenças proferidas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas autarquias e fundações de direito público, bem como as decisões que julgarem procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 475, I e II do Código de Processo Civil); 4. Sistema de execução mediante precatórios (artigo 100 da CF/88 e artigo 730 do Código de Processo Civil): Aplica-se um processo especial de execução (sistema de precatórios), excetuado apenas no caso de créditos de natureza alimentícia e pagamento de obrigações definidas em lei como de pequeno valor; 5. Restrição à concessão de medida liminar e tutela antecipada: Várias são as previsões legais que veiculam vedação à concessão de medidas liminares, de natureza cautelar ou antecipatória,

⁵⁹⁵ BINENBOJM, *Uma teoria do Direito Administrativo...*, p. 113.

⁵⁹⁶ Para um estudo panorâmico sobre a disciplina da Fazenda Pública em juízo, consultar: BUENO, Cassio Scarpinella. *O Poder Público em juízo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2013; PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual da Fazenda Pública em juízo*. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2008.

contra o Poder Público, em ações de mandado de segurança, ações civis públicas e ações de rito ordinário em geral (artigos 1º, § 5º, 2º e 4º da Lei Federal n. 8.437/1992; artigo 1º da Lei Federal n. 9.494/1997; e artigos 7º, §§ 2º e 5º e 15 da Lei Federal n. 12.016/2009).

Outras prerrogativas, que podem assumir tanto uma perspectiva material (substantiva) como procedimental (adjetiva), estão relacionadas ao agir administrativo em geral e às relações contratuais da Administração Pública (contratos administrativos), a exemplo dos atributos dos atos administrativos (presunção de legitimidade e veracidade, imperatividade e autoexecutoriedade – exigibilidade e executoriedade) e as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos (artigo 58 da Lei Federal n. 8.666/1993 e demais cláusulas de privilégio). Todas estas prerrogativas seriam, também, justificáveis a partir daquela máxima da verticalidade e da assimetria característica da relação entre o Estado e os particulares, sob os auspícios do princípio da supremacia apriorística do interesse público, em oposição à horizontalidade e à isonômica simetria comum às relações privadas em geral, fundadas que estão sobre as bases do primado da igualdade jurídica (artigo 5º, *caput* da CF/88).

A superação do paradigma tradicional da supremacia do interesse público acaba por subtrair o fundamento de legitimidade jurídico-política e institucional dessas prerrogativas, que não mais podem ser justificadas pela simples alusão a um parâmetro de apriorística prevalência abstrata do interesse público (coletivo) sobre o privado (individual).

A manutenção da legitimidade desse sistema de privilégios administrativos exige o respaldo dos princípios estruturantes do novo regime jurídico administrativo, contrastado pelo princípio da juridicidade administrativa (dinâmico selo de constitucionalidade), o que impõe, para além da mera legalidade administrativa, a compatibilidade e a justificação operada pela via da complexa, aberta e dialógica ponderação de todas as normas constitucionais, com o respeito às ponderações abstratas e gerais do legislador (desde que Constitucionais), alcançando o estágio máximo de concretização nas devidas ponderações administrativas e judiciais das situações concretas.

Neste quadrante, abandonada a justificação apriorística da verticalidade e da assimetria jurídico-administrativa e assumida a força político-normativa da dimensão horizontalizadora do princípio da igualdade, BINENBOJM sustenta que o teste de legitimidade (ponderação proporcional) de um privilégio administrativo exige: 1. Que a compressão do princípio da isonomia (decorrente da discriminação

desfavorável ao particular) “seja apta a viabilizar o cumprimento, pelo Estado, dos fins que lhe foram cometidos pela Constituição ou pela lei”; 2. Que a medida da compressão da isonomia (extensão da discriminação desfavorável ao particular) se limite ao estritamente necessário e exigível para viabilizar o cumprimento daqueles fins cometidos pela ordem normativa; 3. Que a medida do sacrifício imposto à isonomia seja compensada “pela importância da utilidade gerada, numa análise prognóstica de custos para os particulares e benefícios para a coletividade como um todo”.⁵⁹⁷

Isto acaba por conduzir a algumas possíveis reflexões. Haveria justificativa razoável para o sistema de prazos processuais dilatados para a Fazenda Pública, quando em juízo? Haveria um quadro de morosidade na obtenção, pelos advogados públicos, de informações e provas necessárias à defesa do Poder Público nos respectivos processos judiciais? Haveria uma situação de insuficiência de procuradores públicos que induzisse ao prejuízo da defesa judicial, a ponto de justificar uma sistemática normativa de prazos dilatados? Está-se diante de prerrogativa de processo ou privilégio injustificável? Semelhantes indagações podem ser direcionadas a todas as demais prerrogativas processuais acima referidas, inclusive (sobretudo) ao regime constitucional de precatórios.

Por outro lado, nenhum desses questionamentos e dos outros porventura cabíveis podem receber uma vazia resposta de apriorística supremacia do interesse público. Todas essas prerrogativas reclamam a constante revisão, no sentido de se restringir o universo de verticalização administrativa, uma vez que a composição entre os princípios constitucionais estruturantes da dignidade humana, do Estado democrático de direito e do princípio republicano tendem desenganadamente à horizontalidade entre a Administração Pública e os cidadãos, o que exige uma abordagem sempre restritiva e questionadora dos focos de verticalização ainda existentes.

A legítima aplicação do sistema de prerrogativas e privilégios administrativos exige um juízo administrativo de ponderação entre a medida desniveladora imposta ao particular e o benefício coletivo alcançado. Fundado no princípio republicano, incumbe à Administração um juízo de ponderação entre o interesse público privilegiado, em contraste com o conjunto de direitos e interesses individuais preteridos. Mais do que a superação da justificação apriorística e autoritária das prerrogativas da Administração Pública (paradigma tradicional), o novo

⁵⁹⁷ BINENBOJM, *Uma teoria do Direito Administrativo...*, p. 114.

regime jurídico administrativo impõe uma dinâmica justificação e ponderação entre os benefícios atingidos e os interesses lesados (comprimidos). Um modelo de gestão pública que exige uma perspectiva alargada de transparência e publicidade do agir administrativo, que passa a contar, necessariamente, com o deslocamento do foco decisório da autoridade administrativa para a consensualidade democrática.⁵⁹⁸ A construção coletiva das decisões públicas, com a participação dos diversos atores sociais e políticos envolvidos (controle social), não mais convive com um modelo estático de Administração fundado em presunções (de legitimidade, de veracidade etc.) e autolegitimações pouco, ou quase nada, tocadas pelos novos ventos da democracia participativa e das exigências de uma Administração Pública democrática.

Na linha do debate sobre a questão dos atributos dos atos administrativos, após uma panorâmica recuperação conceitual do tema, Eduardo TOGNETTI sustenta que o atual entendimento da doutrina especializada seria “de que os atos administrativos não apresentam atributos que sejam definitivos e que estejam presentes em todas as possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, sendo possível cogitar de diversas situações capazes de sustentar o afastamento daquelas suas disposições materiais e instrumentais. Desta forma, defende que “os atributos não mantêm com os direitos fundamentais do ser humano uma relação de precedência geral, em que um sempre será inválido. Pelo contrário, dependem de um juízo de ponderação de acordo com o caso concreto”.⁵⁹⁹

⁵⁹⁸ Para uma análise do fenômeno da consensualidade no Direito Administrativo e dos mecanismos de consenso na atividade administrativa, consultar: ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no Direito Administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 335-349; ROCHA, Fernanda Bomtempo Valadares Guimarães de Lima. O controle da Administração Pública em espaço de interlocução processual extrajudicial como mecanismo de consensualidade. In: SILVA, Maria Teresinha Pereira; ZANOTELLI, Maurício (Coord.). *Direito e Administração Pública: por uma hermenêutica compatível com os desafios contemporâneos*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 245-254.

⁵⁹⁹ TOGNETTI, Eduardo. Atributos do ato administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 360-361.

Embora seja possível aquiescer parcialmente à referida ideia, no sentido de que os atributos do ato administrativo não manteriam com os direitos fundamentais uma relação de precedência geral, importa considerar que, em um autêntico modelo de Estado constitucional de direito, fundado em uma Constituição como a brasileira, com o princípio da dignidade da pessoa humana alçado à condição de pauta axiológica fundamental do Estado republicano, social e democrático de direito, há um ônus de argumentação que deve ser assumido pela Administração Pública e, inclusive, pelos juízes e tribunais, sempre que pretenderem a aplicação ou respaldo a qualquer prerrogativa administrativa em desfavor de um direito fundamental. O ônus argumentativo, o dever de justificação racional e de demonstração de preponderância das razões público-administrativas, deve ser assumido pelo Estado, e não o contrário. O signo de Administração Pública fundada no Estado constitucional de direito é o da proteção, da prestação e da consensualidade, e não o da imposição (imperatividade). Em síntese, a presunção geral é de prevalência dos direitos fundamentais.

Em estudo específico sobre a presunção de veracidade e o Estado democrático de direito, Demian GUEDES reconstrói esta relação temática a partir do necessário redimensionamento dos deveres constitucionais de transparência e publicidade dos atos administrativos. Ainda que reconheça como majoritária a doutrina tradicional, no sentido de que seriam admitidos como verdadeiros os pressupostos fáticos da atividade administrativa, até prova em contrário (doutrina tradicional da presunção de veracidade), o autor sustenta que a opção por um Estado democrático de direito, fundado nos princípios da transparência e da publicidade administrativa, justifica a restrição à presunção de veracidade do agir administrativo e impõe a rejeição a um modelo de autolegitimação das afirmações dos agentes estatais. A Administração tem a obrigação de oferecer todas as razões que levaram ao juízo decisório administrativo, de exteriorizar os fatos objetivos justificativos do agir administrativo, que não pode buscar esteio em qualquer noção autoritária de autolegitimação.⁶⁰⁰

Afora a problemática normativa e axiológica, a questão traz também um elevado componente simbólico, na medida em que esse modelo de presunções de legitimidade e veracidade reservam ao agir

⁶⁰⁰ GUEDES, Demian. A presunção de veracidade e o Estado democrático de direito: uma reavaliação que se impõe. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito Administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 248-259.

administrativo quase que uma espécie de “carta em branco”, propiciando atuações que, embora totalmente desconformes a um parâmetro de justificação objetiva, estejam protegidas pela presunção de que refletem a expressão da verdade, cabendo aquele que a conteste o ônus exclusivo de provar a insubsistência administrativa. Admitir isso equivale a aceitar como justo um jogo de futebol que já inicia com uma equipe ganhando por um gol. E se essa presunção de veracidade conta com o aval dos tribunais, reconhecida como razão para decidir, pior do que o gol de diferença a desigualdade aí chega a justificar a ideia de que o juiz estaria a favor da equipe da Administração Pública. Uma situação totalmente inadmissível em um Estado constitucional de direito.

O Poder Público tem o dever de promover a exteriorização objetiva dos fatos justificadores da atuação estatal, cabendo-lhe comprovar esses fatos e submetê-los ao controle social, político e até judicial (se exigido), “sem a necessidade de impor, em desfavor do particular, ônus probatórios de fatos negativos, que muitas vezes impossibilitam o exercício de seu direito de defesa em face do Estado”. Ademais, a superação da presunção de veracidade não deixa o Estado sem condições de exercício de suas atividades, “em um vazio normativo. Ao contrário, os instrumentos para sua atuação são apresentados pelo próprio ordenamento: princípios como publicidade, transparência, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência e verdade material”.⁶⁰¹

Outra prerrogativa administrativa que vem recebendo uma releitura restritiva de parte da doutrina nacional é o atributo da autoexecutoriedade do agir administrativo. Na doutrina, a autoexecutoriedade é justificada a partir da noção de segurança jurídica e da própria necessidade de salvaguardar com rapidez e eficiência o interesse público, o que assegura à Administração a prerrogativa de decidir e executar diretamente, por seus próprios meios e recursos, as ações necessárias a consecução da decisão administrativa, em regra aplicando as sanções respectivas, sem a necessidade de qualquer intervenção judicial.⁶⁰²

Sobre o tema, depois de empreenderem um amplo levantamento doutrinário, Nina Laporte BOMFIM e Carolina Barros FIDALGO propõem uma releitura da prerrogativa da autoexecutoriedade administrativa, à luz dos direitos fundamentais e do Estado democrático de direito. Uma primeira questão relevante é a identificação das duas

⁶⁰¹ Ibidem, p. 259-262.

⁶⁰² CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo...*, p. 123.

vertentes doutrinárias sobre o âmbito de aplicação e abrangência do instituto, a restritiva e a extensiva (ampliativa). Pela teoria extensiva, que parte de uma versão forte da autoexecutoriedade, claramente fundada no princípio da supremacia do interesse público, entende-se que esta prerrogativa acompanha toda a atividade administrativa, a consistir em característica inerente ao próprio agir administrativo, independentemente da existência de uma expressa disposição normativa específica, ou, melhor, somente por ela limitada. Por outro lado, a corrente restritiva preconiza o reconhecimento de uma versão fraca da autoexecutoriedade, limitada àqueles casos em que exista expressa (ou mesmo implícita) previsão legal ou, excepcionalmente, nos casos de medidas urgentes imprescindíveis à salvaguarda do interesse público.⁶⁰³

Retomando a temática, a partir de uma leitura constitucionalmente conformadora das regras e princípios que informam o sistema constitucional brasileiro, em especial os princípios da dignidade humana, o Estado democrático de direito e os direitos fundamentais individuais e coletivos, com o temperamento do princípio republicano, a via mais afinada a essa juridicidade constitucional é aquela da corrente restritiva, que sustenta a aplicação de uma versão fraca da prerrogativa da autoexecutoriedade. Neste quadrante, não se pode entender a autoexecutoriedade como característica ou traço instrumental e substantivo comum ao agir administrativo, devendo ser encarada como forma excepcional, sujeita às seguintes condições: 1. Existência de prévia autorização por lei específica; 2. Exigências decorrentes de estado de emergência devidamente comprovado e justificado, para resguardar direitos e interesses fundamentais individuais, coletivos e sociais; 3. Casos de estado de necessidade ou estado de urgência devidamente comprovados e justificados, para salvaguardar direitos e interesses fundamentais individuais, coletivos e sociais.

Ainda nessas condições restritivas, a Administração Pública tem o dever constitucional de buscar uma solução mediada e fundada na consensualidade, uma vez que a conjugação dos princípios da dignidade

⁶⁰³ Para uma visão panorâmica das referidas correntes restritiva e extensiva da autoexecutoriedade, bem como a posição doutrinária de diversos administrativistas nacionais e estrangeiros, consultar: BOMFIM, Nina Laporte; FIDALGO, Carolina Barros. Releitura da autoexecutoriedade como prerrogativa da Administração Pública. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito Administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 275-279.

humana, do Estado democrático de direito e do princípio republicano, com todas as suas regras e princípios constitucionais de densificação, apontam para um agir administrativo conforme a ideia de Administração Pública democrática, um Poder Público dialógico, aberto e plural, em que a decisão administrativa não seja imposta aos cidadãos, mas o resultado do consenso e do respeito à diversidade de valores, ideias e interesses. Essa é a verdadeira defesa do interesse público que incumbe ao Estado, a formação de consensos dialógicos e não a imposição autoritária de obrigações de fazer ou deveres de abstenções. O gestor da Administração Pública democrática deve ser um gestor (mediador) de conflitos de interesses e não um administrador autoritário e impositivo de soluções nebulosamente obtidas por detrás de burocracias, presunções e outras cortinas de fumaça, sujeitas apenas a um posterior, dispendioso, ineficiente e retrógrado sistema de controle administrativo.

Mesmo naqueles casos de urgência, emergência e calamidade pública decorrentes de eventos incomuns ou catástrofes naturais, em que a autoexecutoriedade administrativa, em última análise, acaba por funcionar como fator de promoção dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos (promoção da segurança social e prossecução de necessidades urgentes e emergentes), bem como nas situações fundadas em previsão legal, a autoridade pública tem o dever constitucional de sopesar os interesses em jogo e conformar a decisão administrativa a partir do paradigma da ponderação proporcional de interesses. O agir administrativo será legítimo na medida em que buscar a concretização otimizada de todos os direitos e interesses constitucionalmente previstos.

A análise da ordem normativa brasileira revela diversos casos em que a ponderação legislativa estabelece hipóteses de autoexecutoriedade do agir administrativo, fundado na previsão legal. Sobre o tema, BOMFIM e FIDALGO promovem um extenso levantamento de situações em que a legislação expressamente estabelece a prerrogativa de autoexecutoriedade, como nos seguintes casos: 1. Apreensão de equipamentos de pesca proibida (artigo 33 do Código de Pesca); 2. Reposição de águas públicas (rios, riachos) irregularmente canalizadas pelo particular (artigo 58 do Código de Águas); 3. Apreensão de material de caça ilegal e seus produtos (artigo 35 do Código Florestal e artigo 33 do Código de Caça); 4. Rescisão de contrato administrativo (artigo 80, I da Lei de Licitações e Contratos); 5. Encampação do serviço público (artigos 35, II, e 37 da Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos); 6. Medidas administrativas de retenção, remoção

de veículo e recolhimento da carteira nacional de habilitação do condutor (artigo 269 do Código de Trânsito Brasileiro).⁶⁰⁴

Há, ainda, diversas outras questões relacionadas à autoexecutoriedade do agir administrativo nas seguintes questões: 1. Situações relacionadas à defesa do bem público e de bens particulares, nos casos de ruína iminente e construções irregulares; 2. Situações referentes à polícia sanitária, controle de doenças e a questão da inviolabilidade de domicílio; 3. Situações ligadas à interdição de estabelecimento, ante o inadimplemento fiscal lesivo à concorrência; 4. Os demais casos decorrentes do poder geral de cautela da Administração para adoção de medidas urgentes na defesa do interesse público.⁶⁰⁵

Interessante trazer ao debate as considerações de BINENBJM, para quem toda e qualquer restrição administrativa a direitos fundamentais somente pode ser havida por legítima, se reconduzida ao sistema de princípios e valores constitucionais, que possam justificar a compressão de direitos individuais em favor de outros direitos individuais ou metaindividuais. Desta forma, “toda a qualquer atividade de polícia, *restritiva de algum direito fundamental*, só será legítima quando puder ser reconduzida ao sistema constitucional”. Cabe ao Estado legislador ou o Estado administrador encontrar a justificativa objetiva e o “fundamento para a proteção e promoção de outro direito fundamental ou de interesse da coletividade como um todo, que tenham dignidade constitucional, e de que sejam ultrapassados os exames da ponderação proporcional”.⁶⁰⁶

A proposta de releitura do poder de polícia é também defendida por FREITAS, quando alerta que, no “*Estado constitucional, o poder existe para os direitos fundamentais, e não o contrário*”. Há, na verdade, um dever de polícia da Administração Pública, voltada à defesa e promoção dos direitos fundamentais. Sacrifícios razoáveis e justificáveis, por boas razões, são admissíveis, desde que não resultem do simples “arbítrio ‘legalizado’ pela ordem vigente”, pelo que as limitações de polícia administrativa “somente são justificáveis se acatarem o somatório dos princípios cimeiros que regem as relações de administração. Não é suficiente o respeito isolado à legalidade se, por exemplo, a desproporcionalidade restar configurada”. Nesta quadra, “o

⁶⁰⁴ BOMFIM; FIDALGO, *Releitura da autoexecutoriedade...*, p. 283-285.

⁶⁰⁵ Sobre o tema, BOMFIM e FIDALGO promovem o levantamento de diversas legislações federais, estaduais e municipais que conferem à Administração Pública a prerrogativa de autoexecutoriedade. *Ibidem*, p. 282-302.

⁶⁰⁶ BINENBOJM, *Uma teoria do Direito Administrativo...*, p. 118-120.

*exercício do ‘poder de polícia administrativa’ há de estar em conformidade com o direito-síntese à boa administração pública, ou será irregular e antijurídico”.*⁶⁰⁷

O paradigma emergente apresenta-se como parâmetro de racionalidade e legitimidade das prerrogativas administrativas e, de resto, de todas as expressões de atividades de polícia administrativa, a partir de uma dupla dimensão conformativa. A Administração pública deve perseguir a solução capaz de prestigiar ao máximo o conjunto de regras e princípios que fundam a ordem constitucional, base da limitação às atividades de polícia administrativa, pela via do princípio da dignidade humana e do Estado democrático de direito (dimensão negativa das atividades de polícia administrativa). Mas isto também impõe ações estatais na defesa e promoção dos direitos fundamentais (dimensão positiva das atividades de polícia administrativa).

A leitura dessa espécie de “constituciómetro da atividade de polícia administrativa” exige uma sofisticada e complexa formação humanística e técnico-jurídica do gestor público. Não basta apenas conhecer as técnicas administrativas, as leis e a Constituição. Exige-se uma afinada sensibilidade para promover a adequada leitura de uma realidade sociopolítica instável, plurissignificativa e altamente complexa, em que a crescente e inflacionada demanda por direitos, um reflexo natural do extenso período de fechamento democrático, faz da ponderação de interesses uma atividade diária do administrador público.

Tão mais acertadas serão as decisões administrativas, quanto mais representarem a resultante de uma posição consensada entre os diversos atores sociais, políticos e econômicos envolvidos, com oportunidade de livre manifestação de todos os grupos de interesses. Essa é a genuína perspectiva da Administração Pública democrática pintada pela Constituição Federal, um espaço de consensualidade decisória, calibrada pela defesa dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, o que exige, sobretudo, o efetivo respeito aos direitos das minorias, e não a imposição surda e cega do poder de polícia administrativa e da autoexecutoriedade dos seus atos. A verticalização assimétrica e autoritária do agir administrativo deve ser reservada a casos especiais, dentro dos restritivos limites da lei, que ainda devem ser

⁶⁰⁷ FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e o reexame dos institutos da autorização de serviço público, da convalidação e do “poder de polícia administrativa”. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito Administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 326-327.

temperados pela leitura sistemática da ordem constitucional, ou naquelas situações de excepcionais quadros de urgência, emergência ou calamidade pública.

A releitura da problemática das prerrogativas administrativas permite, ainda, o debate em torno das chamadas cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos. Historicamente admitidas quase sem contestação pela doutrina jusadministrativista, desde o advento da Constituição Federal e a conformação desse novo Direito Administrativo constitucionalizado, com a superação do paradigma tradicional da supremacia do interesse público, o debate em torno dos limites e da legitimidade do sistema de cláusulas exorbitantes comuns aos contratos administrativos, tomou destacado fôlego no debate jurídico nacional. E o combustível axiológico e normativo do debate situa-se, novamente, na releitura a partir do princípio da dignidade humana, dos direitos fundamentais e do Estado democrático de direito.

Uma aprofundada e panorâmica análise da temática das cláusulas exorbitantes, desde a controvertida recuperação histórica das distinções adjetiva (processual) e substantiva (natureza jurídica) entre contratos privados e contratos administrativos, até a atual polêmica sobre a eficiência da gestão privada de serviços públicos, leva MOREIRA NETO a propor uma tipologia das cláusulas exorbitantes em três diferentes classes: 1. Cláusulas de executoriedade, decorrentes da lei e não por imposição propriamente contratual, relacionadas ao plano do exercício dos direitos pela Administração Pública; 2. Cláusulas de *jus variandi*, relacionadas às alterações unilaterais dos contratos administrativos, limitadas aos parâmetros da lei e que devem ser submetidas a um juízo de razoabilidade; 3. Cláusulas de previsão de efeitos sobre terceiros, “que atribuam direitos de expropriação, de receber tarifas, de exercer atividades de polícia e outras, que podem se refletir sobre terceiros, e que, por isso, revogariam a regra da *res inter alios acta nec nocet*, no caso dos contratos administrativos *resultam apenas da aplicação das leis*”.⁶⁰⁸

A partir de uma análise do modelo contemporâneo de Estado, não mais aquele fundado nas ideias de supremacia indiscriminada e baixa preocupação com a competitividade, mas um modelo de Estado pós-moderno, obrigado a conviver com os dinâmicos quadros atuais de economia de mercado e alta competitividade, um Estado não somente “mero *executor*, mas, preferencialmente, como *formulador político* de instrumentos de *fomento*”, MOREIRA NETO sustenta que a sistemática

⁶⁰⁸ MOREIRA NETO, *O futuro das cláusulas exorbitantes...*, p. 572-581.

de prerrogativas administrativas fundadas no modelo de cláusulas exorbitantes apresenta uma série de desvantagens ao atual modelo de Estado, dentre as quais importa destacar a imprecisão e a insegurança que um sistema de cláusulas exorbitantes impõe à relação contratual; o aumento do custo da transação por conta da elevação dos riscos inerentes à contratação pública; o *deficit* de transparência na transação contratual, uma vez que as cláusulas exorbitantes ficam previstas genericamente na lei, sem uma especificação a cada relação contratual; e, ainda, o sacrifício da confiança legítima do contratado, uma vez que as prerrogativas podem disfarçar intenções ilegítimas, com a difundida corrupção pelo temor (a política do “veja bem”).⁶⁰⁹

Neste quadrante, o autor propõe a superação da atual sistemática da rigidez vinculativa das cláusulas exorbitantes, com a construção de um sofisticado modelo flexível de cláusulas discricionárias, fundado nos parâmetros da consensualidade e da flexibilidade, com a dupla limitação da motivação (legitimidade e segurança jurídica), tanto para a adoção ou afastamento da cláusula de privilégio quando da contratação, como para a aplicação de uma determinada cláusula exorbitante contratualmente prevista.⁶¹⁰ Estes seriam parâmetros capazes de proporcionar um diálogo de flexibilização e ponderação mais efetivos e legítimos entre os princípios do interesse público (não autoritário, mas concorrente), da eficiência, da confiança legítima dos particulares e do fomento público. O abandono da superada estática de supremacia indiscriminada do Estado conduz à defesa da primazia dos direitos fundamentais e da participação cidadã, o que permite reconhecer “que a passagem de uma *viciosa relação de supremacia* a uma *virtuosa relação de ponderação* marca fortemente o atual estágio evolutivo dessa interação, cada vez mais intensa, entre *cidadão* e *Estado*, pondo em crescente evidência a *exclusiva missão instrumental que a este cabe*”.⁶¹¹

Em síntese, para tomar por empréstimo as expressões cunhadas por SUNDFELD, pode-se dizer que no diálogo bipolarizado do Direito

⁶⁰⁹ Ibidem, p. 581-582.

⁶¹⁰ Para uma análise do instituto da transação nos contratos administrativos, consultar: SCHWANKA, Cristiane; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. A transação nos contratos administrativos: a juridicidade e a eficiência como fundamentos do poder-dever de a Administração Pública transacionar visando à resolução de conflitos contratuais. In: SILVA, Maria Teresinha Pereira; ZANOTELLI, Maurício (Coord.). Direito e Administração Pública: por uma hermenêutica compatível com os desafios contemporâneos. Curitiba: Juruá, 2011, p. 215-244.

⁶¹¹ MOREIRA NETO, *O futuro das cláusulas exorbitantes...*, p. 585-592.

Administrativo da atualidade desponta o claro avanço ascendente de um modelo de “Direito Administrativo dos negócios” (mais informal, não infenso à consensualidade e mais interessado na gestão e eficiência do agir administrativo), em contraste com a posição decrescente de um conjunto de perspectivas que fundam aquele chamado “Direito Administrativo dos cliques” (burocrático, autoritário, formalista e pouco preocupado com a gestão de custos e resultados da atividade administrativa).⁶¹²

A toda evidência, as análises e os debates travados deixam transparecer que a superação do paradigma tradicional da supremacia do interesse público faz eclodir, em variados quadrantes, vivas e fecundas comprovações da efervescência com que desponta o paradigma emergente, o que permite falar, efetivamente, em um novo regime jurídico administrativo, uma disciplina aberta, dinâmica, dialética e dialógica, fundada lógica, axiológica, metodológica e ideologicamente na trindade estruturante dos princípios da dignidade da pessoa humana, do Estado democrático de direito e no princípio republicano.

O Direito Administrativo constitucionalizado entende o Estado e todo o aparato estatal como estruturas meramente instrumentais, insuscetíveis a qualquer corporificação ou personificação substantiva do interesse público, tanto em um sentido amplo (político-axiológico) como em uma dimensão estrita (jurídico-normativa). O Poder Público é instrumento cativo de defesa e promoção dos direitos fundamentais individuais e sociais. Esta é a sua precípua finalidade e fonte última de legitimação. Um modelo de Administração Pública democratizada, fundada na consensualidade e no controle social, submetido a um dinâmico e dialógico modelo de ponderação proporcional, plenamente vinculado à juridicidade constitucional, à primazia dos direitos fundamentais e à supremacia da ordem constitucional.

⁶¹² Nesse sentido, consultar: SUNDFELD, *Direito Administrativos para céticos...*, p. 85-92.

5 CONCLUSÃO

A construção conceitual e normativa dos elementos necessários à superação de um modelo tradicional de Administração Pública, em larga medida engessado, inflexível e insuficiente às crescentes e complexas demandas da sociedade contemporânea, já estão postos desde o advento da Constituição Federal. No Brasil, a nova ordem constitucional não representa apenas uma superação normativa do regime antigo, seu nascimento vem acompanhado de uma profunda esperança social e política de que enfim seja possível a edificação de um autêntico Estado republicano, social e democrático de direito.

Por outro lado, parece inegável que, desde as belas e (por vezes) poéticas letras emancipatórias e libertárias da Constituição Federal, até o cotidiano dos corredores das repartições públicas e dos mais humildes e anônimos recantos do território nacional, há sempre um enorme hiato de descontinuidades, incertezas e expectativas frustradas por uma utopia que está longe de alcançar seu desejável nível de concretização.

Esta contraditória constatação demonstra o quanto a formação desse modelo de Estado inclusivo, igualitário e emancipatório carece de uma ampla ruptura com uma série de doutrinas e institutos que funcionavam como mecanismos instrumentais de reprodução do paradigma tradicional, dentre os quais desponta com centralidade, no seio da disciplina jurídico-administrativa, a noção de supremacia do interesse público.

Neste quadrante, o próprio conceito de interesse público desempenha um papel destacado, sobretudo se considerado que uma das características basilares do Estado constitucional de direito estabelecido pela Constituição Federal assenta na defesa e promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos (individuais e coletivos). Um fator que acaba por afastar qualquer concepção (forte ou fraca) de supremacia abstrata e apriorística do interesse público sobre o particular, como parâmetro geral e estruturante da normatividade administrativa.

Os fundamentos da contemporânea noção de interesse público podem ser recuperados a partir de uma genealogia da ideia de bem comum, que desde a Antiguidade clássica já povoa a filosofia política. Dentre todas as contribuições, a filosofia prática aristotélica é a que oferece uma das mais difundidas concepções de bem comum, a partir de uma teoria marcadamente organicista, que destaca a convivência humana na *pólis* como uma condição inerente e natural aos seres humanos, cada qual a desempenhar o seu papel para o adequado funcionamento da comunidade. Neste sentido, somente a convivência na

pólis poderia conduzir os homens ao bem supremo, que é a felicidade alcançada por meio da vida digna (vida boa). A ação política na esfera pública, com base em uma vida fundada na prudência e nas virtudes morais, é o que garantiria a felicidade de todos.

A grande crítica ao organicismo aristotélico, modelo recuperado em larga medida por algumas concepções modernas que defendem a primazia do interesse público sobre o privado, refere-se a um profundo descaso com a perspectiva individual da pessoa e seus interesses, que são desconsiderados pela justificativa de que o todo vem antes das partes e não pode ser a elas resumido ou reconduzido. Uma leitura contemporânea do organicismo aristotélico acaba por permitir a justificação, inclusive, de uma (maior ou menor) dose de supressão dos direitos individuais em favor de uma ideia de interesses da coletividade, algo inconciliável com o marco constitucional de defesa dos direitos fundamentais, que sempre devem estar a salvo de quaisquer rarefeitos e oportunistas argumentos de interesses coletivos (maiorias de ocasião) e autoritárias concepções de interesse público.

A história recente do século XX está recheada de infelizes exemplos capazes de indicar até onde a maldade humana consegue levar a barbárie e a irracionalidade, a partir de teorias (mais ou menos) organicistas de primazia do interesse público tutelado pelo Estado, ou variáveis utilitaristas fundadas na máxima de que a finalidade das instituições jurídico-políticas está em assegurar a maior felicidade ao maior número de indivíduos.

Todos estes modelos teóricos que defendem qualquer padrão abstrato e apriorístico de prevalência do interesse público, por mais bem intencionados que sejam e ainda que pretendam a felicidade da maioria, trazem no seu DNA a genética autoritária e totalitária da ofensa aos direitos humanos fundamentais, o que não pode ser fundamento legítimo para qualquer conceito de interesse público que se pretenda amparado por um genuíno Estado constitucional de direito.

Isto permite contestar, inclusive, a própria concepção de uma genética libertária e garantística do Direito Administrativo moderno, forjada em seus contornos contemporâneos com o advento da Revolução Francesa de 1789. Este é o substrato de onde se extraem as bases do modelo contemporâneo de Administração Pública e seu conjunto de prerrogativas e privilégios formais e materiais, derogatórios da dialética da igualdade comum às relações privadas, justificados a partir de uma dimensão de prevalência abstrata do interesse público.

Não há somente uma leitura possível daquele “mito” da origem garantística do Direito Administrativo, reproduzido em geral pela

doutrina quase sem contestação, inclusive a brasileira. Na verdade, embora difundido como um forte elemento de limitação do poder estatal, uma recuperação genealógica mais detida, empenhada em romper com aquela mítica casca monolítica do discurso libertário, vai encontrar no núcleo político e instrumental do nascente direito da Administração Pública uma forte tendência de manutenção de um Estado de autoridade e concentração de poder político e jurídico (pecado autoritário original).

Muitos são, inclusive, os institutos jurídico-administrativos veiculadores de prerrogativas e privilégios comuns àquele modelo assimétrico e verticalizado de Administração Pública, a própria teoria da discricionariedade administrativa e do mérito administrativo, os limites ao controle jurisdicional do agir administrativo. Todas estas questões são referíveis direta ou indiretamente à noção de supremacia do interesse público, e que ainda habitam o imaginário político e normativo do Poder Público, conduzindo e legitimando um padrão de agir administrativo fundado na primazia das razões do Estado, elementos de corporificação e personalização do interesse público, o que se coloca totalmente em rota de colisão com o paradigma do personalismo que promana cristalino do seio humanista da ordem constitucional brasileira.

Com efeito, o conceito de interesse público compatível com o marco do Estado constitucional de direito não pode ser construído com base em qualquer teoria mais o menos forte de prevalência abstrata e apriorística de direitos ou interesses coletivos (públicos) sobre direitos ou interesses individuais (privados). Nesse sentido, em resposta ao primeiro problema posto na introdução desse trabalho, confirma-se a hipótese básica lá estabelecida, ante a necessária pretensão de legitimidade e conformidade ao modelo brasileiro de Estado republicano, social e democrático de direito, no sentido de que o conceito jurídico de interesse público deve ser construído a partir dos mecanismos e parâmetros de promoção daquele conjunto de interesses sociais e coletivos escolhidos pelo legislador constituinte, cuja implementação estará sempre condicionada a um constante e instável diálogo de ponderação com os direitos e interesses fundamentais individuais, pautas político-normativas que também ostentam proteção destacada pela ordem constitucional.

Estes contornos da noção de interesse público levam, por conseguinte, à plena superação do paradigma tradicional da supremacia abstrata do interesse público, em especial na sua condição de princípio estruturante do regime jurídico administrativo. Primeiramente, não se pode esquecer que esta pretensa genética principialista da supremacia do

interesse público não encontra qualquer respaldo na hermenêutica constitucional contemporânea. O aludido “princípio da supremacia” depõe contra uma das principais características dos princípios jurídicos, a de não oferecer razões apriorísticas absolutas, independentemente de qualquer debate circunstancial fático ou jurídico.

Nem se pode reconduzi-lo a um conceito de princípio jurídico e também não se coaduna a uma concepção de postulado normativo, já que seu temperamento autoritário, centralizador e monolítico mostra-se inconciliável com outras normas extraídas da ordem constitucional e amplamente reconhecidas como válidas, a exemplo da máxima ou postulado da ponderação proporcional de interesses.

As objeções conceituais e normativas são reforçadas por uma forte crítica epistemológica e axiológica ao paradigma tradicional da teoria da supremacia, ante a sua clara predisposição organicista e utilitarista, traços marcadamente inconciliáveis com o novo paradigma da personalização da ordem constitucional, um modelo jurídico-político fundado no deslocamento do epicentro axiológico-constitucional do Estado para o indivíduo, da supremacia do interesse público para a dignidade humana e a promoção dos direitos fundamentais. Estas objeções não são superadas nem por aquelas concepções mais flexíveis e reconstrutivistas da teoria da supremacia.

A superação da doutrina da supremacia do interesse público suplanta, ainda, aquela dimensão ideológica de forte e perigosa afirmação simbólica do Estado como personificação do interesse público. Uma personificação que nunca partiu de qualquer preocupação humanística, romântica e libertária com a construção de um Estado social e democrático de direito, mas do visível propósito da manutenção de um Estado patrimonialista, amplamente aparelhado por interesses egoísticos dos verdadeiros “donos do poder”, que reproduzem um sutil e sofisticado modelo de dominação, a partir da manipulação dos vagos e indeterminados contornos do interesse público. Uma densa e espessa cortina de fumaça que reforça a apatia política e o desencanto da sociedade, o que a torna incapaz de ver que logo ali, já na linha do horizonte, desponta uma ordem verdadeiramente republicana e radicalmente democrática em estágio final de gestação.

Estas considerações levam à resposta ao segundo problema lançado na introdução, com a confirmação da hipótese básica de insuficiência lógica, epistemológica, axiológica, ideológica e conceitual-normativa do paradigma tradicional da supremacia do interesse público sobre o particular. A superação da teoria da supremacia exige do Poder Público e de todas as autoridades do Estado a radical transparência e a

publicidade material das razões de suas ações e também das omissões, que devem ser justificadas e legitimadas a partir do sistema constitucional de regras e princípios, sob pena de insuprimível *deficit* de legitimação e verdadeira usurpação do poder. Já não há qualquer espaço para práticas de autolegitimação administrativa. Nenhuma atuação estatal (comissiva ou omissão) pode ser presumida como de interesse público porque advinda do Estado. Qualquer política de autolegitimação (é de interesse público porque é do Estado) é mais do que uma odiosa tautologia, representa sim verdadeira usurpação de poder e quebra de legitimidade da ação administrativa.

Mas isso não autoriza a sustentar, em hipótese alguma, a ideia de uma ordem constitucional fundada em qualquer perspectiva forte ou extremada de individualismo ou mesmo de uma versão mais ou menos inclinada ao neoliberalismo. Pelo contrário, o personalismo constitucional ancorado no princípio da dignidade humana, no Estado democrático de direito e na defesa e promoção dos direitos fundamentais (individuais e coletivos) suplanta toda objeção que acuse de individualista ou neoliberal a superação do paradigma da supremacia do interesse público.

Até porque, vale ressaltar, não se desconsidera o amparo constitucional ao princípio do interesse público, decorrência implícita direta do próprio princípio republicano. Mas aqui se fala de um princípio sem qualquer temperamento monolítico ou egocêntrico. O princípio do interesse público serve de instrumento de densificação daquele modelo de Estado republicano eleito pelo legislador constitucional, mas não como mecanismo de reprodução autoritária e apriorística de quaisquer nebulosas razões de interesse público. Sua aplicação operativa ocorre a partir de uma linha de simetria (isonomia) entre Estado e cidadão, dentro do universo constitucional horizontalizado das relações entre interesses públicos e privados, totalmente flexíveis ao modelo da ponderação de interesses, paradigma que passa a funcionar como instrumento de aferição da juridicidade do agir administrativo (função instrumental-procedimental) e do seu nível de legitimidade constitucional (função material-substantiva).

O paradigma da ponderação de interesses desponha como o parâmetro instrumental de densificação daquele sistema aberto de normas constitucionais, entre os quais se estabelecem situações concretas de conflitos, todos a demandar uma solução capaz de assegurar a plena aplicação otimizada da ordem constitucional, pela via da máxima ou postulado da proporcionalidade (conformidade ou

adequação de meios; exigibilidade ou necessidade; proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação de interesses).

O marco da ponderação de interesses pressupõe a promoção de todos os direitos fundamentais, ainda que em conflitos, a partir de um processo racional de concretização da ordem constitucional, de respeito às escolhas políticas já levadas a efeito pelo legislador constituinte, da aplicação das mediações do legislador ordinário, se constitucionais, e, em especial, da edificação dos contornos normativos para os processos decisórios administrativos e judiciais, cujo marco hermenêutico fundamental gravita na órbita da defesa dos direitos fundamentais, pela via da aplicação direta e imediata do sistema normativo constitucional. Um modelo aberto, dinâmico e capaz de permitir o verdadeiro processo de concretização otimizada dessa complexa e (por vezes) contraditória estrutura de direitos e interesses constitucionalmente assegurados.

Mas não se pode desconsiderar que o paradigma ponderacionista traz em si o indesejável componente do risco da relativização dos conceitos jurídicos, da subjetividade das decisões administrativas e judiciais, e do decisionismo autoritário e ilegítimo, sempre presente nos processos de concretização de sistemas abertos de regras e princípios constitucionais. O chamado Estado de ponderação não pode ser convertido em um Estado de decisionismo autoritário. A legitimidade do modelo ponderativo somente pode ser assegurada a partir de um sólido processo de justificação racional das ponderações administrativas e judiciais (argumentação jurídica), capaz de reconduzi-las com razoáveis níveis de correção e objetividade àquelas disposições constitucionais concretizadas.

Lamentavelmente, esta é uma situação que não pode ser desprezada, sobretudo em uma sociedade como a brasileira, cujas instituições democráticas ainda são frágeis e passam por uma inegável crise de legitimação, inclusive porque aqui em *terrae brasiliis* ainda não se completou o necessário ciclo de radical republicanização da República e efetiva democratização da democracia. Um processo contínuo e que representa, na verdade, a própria dimensão espiritual daquela utopia constitucional libertária e emancipatória.

Mesmo assim, isto permite responder ao terceiro problema lançado quando da introdução, com a confirmação da hipótese básica, ante a compatibilidade conceitual e normativa do paradigma ponderacionista como instrumento de concretização da ordem constitucional.

A construção de um renovado regime jurídico administrativo deve ser edificada sobre as bases do fenômeno do movimento de

constitucionalização do Direito em geral, e do Direito Administrativo em especial. A constitucionalização do Direito, que no Brasil somente passa a operar mais firmemente a partir do advento da Constituição Cidadã, acaba por inaugurar um processo de reestruturação não somente das bases da teoria constitucional, mas da própria disciplina jurídica em geral, espraiando renovadas luzes e reflexos normativos em todas as direções e aos mais longínquos e recônditos espaços do universo jurídico nacional.

Sob as balizas teóricas fundamentais que informam o constitucionalismo de terceira dimensão, as teorias do neoconstitucionalismo passam a colonizar amplamente o discurso jurídico, a partir das teses da supremacia da Constituição, da defesa dos direitos fundamentais, da força normativa dos princípios constitucionais, da nova hermenêutica fundada na proporcionalidade e no modelo de ponderação de interesses.

No âmbito da disciplina jurídico-administrativa, com a crise do modelo de subsunção normativa e da própria centralidade monolítica da legalidade administrativa, como fator único e insuprimível da atuação administrativa, emerge um novo padrão de justificação e funcionalidade do agir administrativo, a perspectiva da juridicidade administrativa, veículo normativo de travessia para uma perspectiva aberta, dinâmica e complexa de concretização do sistema constitucional de regras e princípios, a incidir e determinar o agir administrativo de forma direta e imediata, em muitos casos com a própria dispensabilidade da mediação legislativa.

A dimensão da juridicidade administrativa, fundada na densificação ponderativa da ordem constitucional, acaba por justificar mesmo a excepcional possibilidade de atuação administrativa *contra legem*, a partir da ponderação entre princípios constitucionais incidentes sobre o agir administrativo, capazes de racionalmente justificar o afastamento da legalidade administrativa, para assegurar a promoção de determinado direito fundamental ou o cumprimento de outros princípios e valores que, no caso concreto, demonstrem sólido lastro em condições fáticas e jurídicas de precedência.

Todas estas questões permitem sustentar a existência das condições jurídicas instrumentais e substantivas de transição para um renovado regime jurídico administrativo, com a superação daquele paradigma tradicional estático, fundado na supremacia do interesse público e na lógica da assimetria e verticalização de prerrogativas e privilégios da Administração Pública. Um regime administrativo fundado na trindade principiológica estruturante da dignidade humana,

do Estado democrático de direito e do princípio republicano, o que permite responder ao quarto problema lançado na introdução, com a confirmação da hipótese básica, no sentido de que o modelo de Estado constitucional de direito e a dimensão da juridicidade administrativa constroem as bases para a travessia de um modelo mais autoritário, imperativo e autocrático de Administração Pública, para uma perspectiva mais consensual, dialógica, isonômica, democrática e de construção plural das decisões administrativas (Administração Pública democrática).

A unidade principiológica tridimensional desse renovado regime jurídico administrativo comprime amplamente aqueles tradicionais matizes autoritários, assimétricos e verticalizados do agir administrativo, submetendo o Poder Público a um novo parâmetro de legitimação constitucional, o da justificação democrática e da defesa e promoção dos direitos fundamentais. O “legitimômetro constitucional” da Administração Pública somente atinge seus níveis minimamente exigidos, quando a Administração Pública abandona suas vestes autoritárias de autolegitimação, imperatividade e autocracia, e assume uma nudez reveladora de transparência efetiva, de publicidade plena das razões políticas e jurídicas das ações e (sobretudo) omissões administrativas, com a construção das decisões políticas a partir do diálogo franco e aberto com a sociedade, que passa a controlar (direta e imediatamente) a eficiência e os resultados do agir administrativo.

Os princípios de defesa dos interesses dos cidadãos, como a segurança jurídica, a proteção da confiança legítima e a boa-fé, assumem tonalidades de concretização muito mais decisivas nas situações de conflitos entre interesses, porquanto representam vetores de densificação do princípio da dignidade humana. A própria condição de defesa do cidadão ante o Poder Público reclama o mais amplo reconhecimento dos direitos e garantias individuais (disciplina penal administrativa), fatores de proteção do indivíduo contra aquela genética administrativa da autoridade e da assimetria.

A paulatina construção de canais e espaços de controle social do Poder Público, a ser fiscalizado e monitorado diretamente pela sociedade e pelos movimentos democráticos, constitui-se em outro fator central na construção desse novo modelo de Administração Pública democrática. Mas este modelo não se limita a uma perspectiva revisora de controle social (fiscalização). A dimensão mais fecunda, inclusive, é o seu caráter propositivo e substantivo, a exigir a participação popular na produção das decisões políticas que conformam o agir administrativo, a partir dos mais variados espaços de deliberação

(associações comunitárias a decidir as questões dos seus bairros, audiências e consultas públicas sobre os mais variados temas de interesse da coletividade, modelos de orçamento participativo etc.), a partir de uma noção de cidadania ativa que conduz à autêntica democracia participativa.

É certo que esta perspectiva da Administração Pública democrática e eficiente ainda não espelha a realidade brasileira, nem passará a dominar a cena político-administrativa assim como que “em um passe de mágica”. O diálogo, inclusive, pode nem sempre limitar-se ao campo das ideias. É sabido que, como “bois não passam a voar ante uma simples determinação legal”, também não se instaura uma Administração Pública democrática e eficiente por decreto, nem por ordem judicial. Mas a vontade constitucional tatuada em diversas normas exerce um importante papel de contestação e teste de legitimação nesta transição paradigmática, sobretudo se vier acompanhada de um processo de decisão administrativa e judicial comprometido com aquela mesma vontade.

Com efeito, a construção das bases institucionais de um modelo de Administração Pública democrática e eficiente reclama um processo político muitas vezes lento, gradual e instável, sujeito a todos os tipos de intempéries, tanto de extremismos de grupos mais radicais como de reacionismos conservacionistas, de grupos de interesses amplamente preocupados em manter um modelo de Administração Pública mais autoritária e menos participativa, muito menos refratária ao aparelhamento pelos seus interesses egoísticos e patrimonialistas.

Um modelo de Administração Pública democrática e eficiente não pode conviver legitimamente com inexpressivos níveis de qualidade em vários serviços públicos essenciais, como são exemplos notórios a saúde, a educação e o transporte coletivo urbano. Mais do que um “choque de constitucionalização”, a Administração Pública brasileira carece de um efetivo “choque de gestão”, a começar por exigências mais sérias de profissionalização dos recrutados para cargos comissionados nas mais diversas estruturas administrativas nacionais.

No Brasil, passados mais de quinhentos anos desde o “descobrimento”, ainda são repetidas algumas das velhas práticas dos nossos colonizadores lusitanos. Eles distribuíam aos seus afilhados e apadrinhados a posse de terras, na forma de capitánias hereditárias; agora, séculos mais tarde, distribuem-se os espaços públicos de gestão e decisão administrativa, na forma de cargos comissionados de direção, chefia e assessoramento. O que reflete um total desvirtuamento da norma disposta no artigo 37, V da Constituição Federal, mesmo se

submetida a uma breve leitura sistemática, fundada nos princípios estruturantes da dignidade humana, do Estado democrático de direito e do princípio republicano.

A Administração Pública e todos os seus agentes em geral devem obediência cativa à Constituição e às leis, se constitucionais e na medida em que assim puderem ser reconduzidas pelo processo ponderativo. As relações entre o Poder Público e os cidadãos devem ser informadas pelo parâmetro da isonomia, impondo-se a admissibilidade de concessões assimétricas à Administração apenas e nos limites da imperiosa necessidade para assegurar o cumprimento da sua finalidade essencial: a defesa e a promoção dos direitos fundamentais.

As prerrogativas administrativas somente devem ser mantidas se, além de expressamente assentadas na ordem constitucional ou infraconstitucional, forem imprescindíveis à satisfação de direitos fundamentais individuais, coletivos e sociais. Somente nestes estreitos limites é que mantêm sua legitimidade. A verticalidade, a assimetria, a imperatividade e autoridade administrativa devem ceder espaço à horizontalidade, à isonomia, à consensualidade e à democracia participativa na formação da decisão administrativa, com a exigência de eficiência da máquina pública. Estes são os parâmetros do novo regime jurídico administrativo.

Já ao término do presente estudo convém ressaltar que, nada obstante as análises aqui empreendidas, não se têm qualquer pretensão de esgotamento dessa rica, dinâmica e multifária temática do conceito de interesse público e do novo regime jurídico administrativo, não só pelos limites metodológicos do trabalho e pela enorme complexidade do tema, mas também pelo acelerado processo de transformação que atinge a disciplina jurídico-administrativa, a Administração Pública e, de resto, o discurso jurídico como um todo e a sociedade em geral. A construção do conceito de interesse público está imerso em um processo histórico por vezes instável e inconstante, inclusive sujeito a intempéries sociopolíticas e econômicas, que podem até certo ponto mudar a rota e o curso da ordem normativa (constitucional e infraconstitucional). Por outro lado, o reconhecimento dessa característica instabilidade não esvazia a relevância do debate jurídico, antes acaba sim por reforçar sobremaneira a importância e a centralidade do discurso vinculado à prevalência dos direitos fundamentais, farol constante a nortear as ações do Poder Público no caminho da sua finalidade instrumental, máximo fator de legitimação de todos os poderes constituídos.

Em síntese, não se pode negar que a construção desse novo modelo de Administração Pública democrática, participativa, consensual

e pluralista, aqui debatido, depende de uma série de fatores, que ultrapassam e muito as limitadas cercanias do discurso jurídico. Seus contornos se espalham pelas dimensões políticas, econômicas e sociais de um Estado democrático ainda em construção, carente de um radical aprofundamento da cultura de cidadania e de uma construção republicana da esfera pública (efetiva publicização da esfera pública). Mas o debate jurídico pode oferecer um robusto e sofisticado instrumental teórico e crítico, capaz de contribuir para o progressivo e contínuo avanço de um modelo de Administração Pública democrática e de um renovado Direito Administrativo.

É sabido que o Direito não muda e se transforma em saltos, de uma única vez, a partir de uma espécie de “descoberta” (quase mítica) de um novo paradigma, descolado de um diálogo constante com os vetores sociopolíticos e econômicos. Trata-se de um processo quase sempre lento e gradual de construção intersubjetiva (dialética) de um novo modelo teórico-normativo, a partir da superação de velhos institutos, da redefinição de práticas ultrapassadas e da (re)construção de uma renovada disciplina jurídica, na linha panorâmica do novo regime jurídico administrativo aqui debatido.

A ordem constitucional brasileira, fundada em um modelo de Estado republicano, social e democrático de direito, impõe a travessia para este modelo de Direito Administrativo renovado e redimensionado, mais democrático, mais republicano e mais inclusivo. Uma disciplina jurídico-administrativa capaz de pintar os corredores das repartições públicas e colorir todas as praças e esquinas da nação com aquela aquarela de promessas constitucionais libertárias e emancipatórias. Por certo, há aqui muito mais utopia do que realismo pragmático, mas neste momento histórico parece que o otimismo das promessas traz em si uma proposta muito mais progressista e emancipatória que o inescapável pessimismo imposto pela realidade de uma Administração Pública ainda profundamente patrimonialista, autocrática e desigual. Inflar as velas desta “nau” ainda à deriva, com ventos teóricos comprometidos em somente soprar na legítima direção ditada pela ordem constitucional, é também atribuição dos juristas!

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **Derecho, racionalidad y comunicación social: ensayos sobre Filosofía del Derecho**. México: Fontamara, 1995.

_____. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico. Traducción de Josep Aguiló Regla. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 8, p. 23-38, 1990.

ABAL, Rafael Peixoto. O pensamento político de John Locke. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Introdução à história do pensamento político**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 135-164.

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de Coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Revista Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 05-34, 1988.

AGUILA GRADOS, Guido Cesar. ¿Hacia um (Neo) Neoconstitucionalismo? In: AGUILA GRADOS, Guido Cesar; CAZZARO, Kleber; SATAFFEN, Márcio Ricardo (Org.). **Constitucionalismo em mutação: reflexões sobre as influências do neoconstitucionalismo e da globalização jurídica**. Blumenau: Nova Letra, 2013, p. 17-43.

ALESSI, Renato. **Principi di Diritto Amministrativo: I soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa**. t. I. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1978.

_____. **Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1960.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, p. 67-79, jul./set. 1999.

_____. **Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no Direito Administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 335-349.

ALVES, José Ricardo Teixeira. A tutela da boa-fé objetiva no Direito Administrativo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1917, set. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11783>>. Acesso em: 03 fev. 2014.

ALVES, Felipe Dalenogare. **Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e a possibilidade de controle jurisdicional**. São Paulo: PerSe, 2012.

ALVES, Pedro Delgado. O princípio republicano. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, v. XLVIII, n. 1 e 2, 165-270, 2007.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. v. II. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

AMORIM, Carlos Alberto Novelino de. **Princípio republicano, cargos em comissão e clientelismo político nos Municípios do Estado do Rio de Janeiro: reflexões sobre a profissionalização da função pública no Brasil**. 2008. 116 f. Dissertação (Mestrado em Administração) – Curso de Mestrado em Administração Pública da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. Constituição, Administração e interesse público: o eterno retorno ao momento originante ou o Estado contra a Administração. **25 Anos da Constituição da República Portuguesa de 1976: evolução constitucional e perspectivas futuras**. Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, p. 542-560, 2001.

_____. **O Direito Administrativo e a sua Justiça no início do século XXI: algumas questões.** Coimbra: Almedina, 2001.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil.** Curitiba: Juruá, 2008.

ARAÚJO, Sérgio Luiz Souza. O preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 e sua ideologia. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 143, p. 05-14, jul./set. 1999.

ARENDT, Hannah. **A condição humana.** Tradução de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. **Origens do totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo.** Tradução de Roberto Raposo Tavares. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARISTÓTELES. **A Política.** Tradução de Nestor Silveira Chaves. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2009.

_____. **Ética a Nicômaco.** Tradução de António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009.

ARON, Raymond. **Prefácio da obra o Príncipe.** Tradução de Maria Júlia Goldwasser. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Organização das Nações Unidas (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/preamble.html>>. Acesso em 27 jan. 2014.

ATALIBA, Geraldo. **República e constituição.** 2. ed. atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 1998.

ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica.** Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.

_____. Entrevista a Robert Alexy. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 24, p. 671-687, 2001.

_____. Para una razonable definición de “razonable”. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 04, p. 189-200, 1987.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. I, n. 4, p. 01-36, jul. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/dialogo-juridico-04-julho-2001-humberto-avila.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2014.

_____. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do Direito” e o “Direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n. 17, p. 01-19, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em 23 jan. 2014.

_____. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 171-215.

_____. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1998.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

AVRITZER, Leonardo; NAVARRO, Zander (Org.). **A inovação democrática no Brasil: o orçamento participativo**. São Paulo: Cortez, 2003.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BALTHAZAR, Ubaldo Cesar (Org.). **O tributo na História: da Antiguidade à Globalização**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

_____. **História do tributo no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 31-63.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, ano 81, p. 233-289, 2005.

_____. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. **A Leitura: Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará**, Belém, v. 6, n. 10, p. 38-59, mai. 2013.

_____. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, ano 6, n. 23, p. 65-78, abr./jun. 1998.

_____. Prefácio: o Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. xii-xviii.

BARZOTTO, Luiz Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. São Leopoldo: Editora da UNISINOS, 2001.

BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno Pinto. Para uma conceitualização de opinião pública a partir das categorias gramscianas de hegemonia e bloco histórico. **Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 21, n. 40, p. 40-61, jul. 2000.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BELLO FILHO, Ney de Barros. **Sistema constitucional aberto: teoria do conhecimento e da interpretação do espaço constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Coleção “Os Pensadores”. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

BINENBOJM, Gustavo. Meios de comunicação de massa, pluralismo e democracia deliberativa: as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, n. 09, p. 191-211, abr./jun. 2005.

_____. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008.

BITTENCOURT, Juliana Castilho. **Interesse público e vontade geral: constatações do desvio de finalidade**. 2008. 112 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 7. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

_____. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico.** Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 8. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** Tradução de João Ferreira. v. I. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BOMFIM, Nina Laporte; FIDALGO, Carolina Barros. Releitura da autoexecutoriedade como prerrogativa da Administração Pública. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas.** Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 267-309.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Curso de Direito Constitucional.** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Do Estado liberal ao Estado social.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Do país colonial ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BORGE, Felipe Dezorzi. Ativismo jurídico: expressão do acesso à Justiça e da cidadania ativa. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2317, nov. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13794>>. Acesso em: 02 fev. 2014.

BORGES, Alice Gonzales. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? **Revista de Direito do Estado**, ano 1, n. 3, p. 137-153, jul./set. 2006.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

BRAGA, Valeschka e Silva. **Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade**. 2. ed. 1. tir. Curitiba: Juruá, 2009.

BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Institui a Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 09 jan. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 1148460/PR**, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 19.10.2010, publicado no DJe em 28.10.2010. Brasília. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200900305180&dt_publicacao=28/10/2010>. Acesso em 09 jan. 2014.

_____. _____. **REsp. 1200981/PR**, Rel. Ministro Arnaldo Esteves de Lima, Primeira Turma, julgado em 05.10.2010, publicado no DJe em 14.10.2010. Brasília. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201001303750&dt_publicacao=14/10/2010>. Acesso em 09 jan. 2014.

BRUNA, Sérgio Varella. **Agências Reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRUNI, Luigino. **Bem comum e economia: para uma economia baseada no ágape**. Tradução de Luís Miguel Neto. Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas (ISCSP). Universidade Técnica de Lisboa (UTL), Lisboa, p. 01-11, 2008. Disponível em:

<http://www.academia.edu/2576914/Bem_Comum_e_Economia_Para_uma_Economia_baseada_no_Agape_-_trad._do_original_de_Luigino_Bruno>. Acesso em: 04 jan. 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUENO, Cassio Scarpinella. **O Poder Público em juízo**. 5. sd. São Paulo: Saraiva, 2009.

BULYGIN, Eugenio. Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 09, p. 257-279, 1991.

BUSATTO, Carlos Ernesto Maranhão. **Reflexões críticas acerca do papel e significado do interesse público no Direito Administrativo brasileiro**. 2011. 125 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, 2011.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Conceitos jurídicos indeterminados no âmbito da nova hermenêutica. In: VALLE, Julianio Keller do; MARCELLINO JR., Julio Cesar (Org.). **Reflexões da pós-modernidade: Estado, Direito e Constituição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 121-134.

_____. **Discrecionalidade administrativa no Estado constitucional de direito**. 1. ed. 3. tir. Curitiba: Juruá, 2003.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; CRUZ, Paulo Márcio. Sobre o princípio republicano: aportes para um entendimento de bem comum e interesse da maioria. **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**, Brasília, p. 845-860, 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/14_98.pdf>. Acesso em 29 jan. 2014.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2007.

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. v. I. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 21-I, p. 209-220, 1998.

CAMPANTE, Rubens Goyatá. O patrimonialismo em Faoro e Weber e a Sociologia brasileira. **Revista Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 46, n. 1, p. 153-193, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONELL, Miguel (Coord.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

_____. **Teoría del neoconstitucionalismo: ensaios escogidos**. Madrid: Trotta, 2007.

CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Coord.). **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2005.

CARRIO, Genaro R. **Principios jurídicos y positivismo jurídico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.

CARVALHO, Iuri Mattos de. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: parâmetros para uma reconstrução. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 16, p. 01-15, mai./ago. 2007. Disponível em:

<http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/supremacia_do_interesse_p%C3%BAblic_iuri_carvalho.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e poder normativo. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, n. 9, p. 01-13, fev./abr. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-9-FEVEREIRO-2007-JOSE%20CARVALHO.pdf>>. Acesso em 03 fev. 2014.

_____. Interesse público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 67-84.

_____. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CATARINO, João Manuel Ricardo. **Para uma teoria política do tributo**. 2. ed. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 2009.

_____. **Redistribuição Tributária: Estado social e escolha individual**. Coimbra: Almedina, 2008.

CAUPERS, João. **Introdução ao Direito Administrativo**. Lisboa: Âncora, 2000.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **História do pensamento político**. Tradução de Roberto Cortes de Lacerda. v. I. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

CÍCERO, Marco Túlio. **Da República**. Tradução de Amador Cisneiros. Bauru: EDIPRO, 1995.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: um aná-lisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 75-98.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Noções de Direito Administrativo**. v. I. Lisboa: Editora Danúbio, 1982.

COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano 23, n. 95, p. 125-138, jul./set. 1990.

COUTINHO, Luís Pedro Pereira. Do que a República é: uma República baseada na dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Estudos**

em homenagem ao Prof. Doutor Martin de Albuquerque. v. II. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 187-211.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A doutrina do Direito de Immanuel Kant. In: MACHADO, Nivaldo et al. (Org.). **Pensar o Direito**. Rio do Sul: Editora UNIDAVI, 2011, p. 107-127.

_____. A evolução do princípio de legalidade e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. **Revista Discente Interinstitucional (RDI)**, Florianópolis, ano 1, n. 1, p. 139-169, jan./jun. 2006.

_____. **Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**. 1. ed. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2011.

_____. Considerações acerca das máximas da razoabilidade e da proporcionalidade. **Revista ADV: Advocacia Dinâmica – Seleções Jurídicas**, Rio de Janeiro, p. 03-19, jan. 2012.

_____. Direitos sociais e controle jurisdicional de políticas públicas: uma abordagem a partir dos contornos do Estado constitucional de direito. In: GAVAZZONI, Antônio Marcos; MARCELLINO JR., Julio Cesar (Org.). **Constituição, Estado e Garantismo Jurídico: diálogos cruzados**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 11-35.

_____. O conceito de interesse público no Estado constitucional de direito. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 20, n. 26, p. 223-248, 2013.

_____. Sobre o neoconstitucionalismo e a teoria dos princípios constitucionais. In: AGUILA GRADOS, Guido Cesar; CAZZARO, Kleber; SATAFFEN, Márcio Ricardo (Org.). **Constitucionalismo em mutação: reflexões sobre as influências do neoconstitucionalismo e da globalização jurídica**. Blumenau: Nova Letra, 2013, p. 45-74.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; KAESTNER, Roberto Nasato. A busca pelo verdadeiro Príncipe: uma contraposição entre virtù e fortuna. In: MACHADO, Nivaldo et al. (Org.). **Pensar o Direito**. Rio do Sul: Editora UNIDAVI, 2011, p. 43-77.

CRUZ, Paulo Márcio; SCHMITZ, Sérgio Antonio. Sobre o princípio republicano. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 13, n. 01, p. 43-54, jan./jun. 2008.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2013.

CUNNINGHAM, Frank. **Teorias da democracia: uma introdução crítica**. Tradução de Delamar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Artmed, 2009.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: UnB, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Interesse público na contratação das entidades da administração descentralizada. **Suplemento Jurídico da Procuradoria Jurídica do Departamento de Estradas e Rodagem**, São Paulo, n. 126, p. 09-15, jan./mar. 1987.

DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. Democracia substancial: um instrumento para o poder político. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Org.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 417-427.

DEL CLARO, Maria Ângela Marques. O Direito Administrativo e a doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, n. 40, p. 163-176, 2004.

DIAS, André de Vasconcelos. **O interesse público no Direito Comparado**. 2008. 127 f. Monografia da Disciplina de Direito Administrativo (Mestrado em Direito) – Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2008.

_____. **Teorias republicanas da democracia**. 2008. 76 f. Monografia da Disciplina de Direito Constitucional (Mestrado em Direito) – Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2008.

DIMOULIS, Dimitri. Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 213-226.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. Da constitucionalização do Direito Administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 175-196.

_____. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. Introdução: existe um novo Direito Administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 01-09.

_____. O princípio da supremacia do interesse público. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 11, n. 56, p. 35-54, jul./ago. 2009.

_____. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 85-102.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **A construção social do sentido da Constituição na democracia contemporânea: entre soberania popular e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **A justificação do Direito e a sua adequação social: uma abordagem a partir da teoria de Aulis Aarnio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Direito Constitucional Tributário e “due process of law”**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna.

Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. Outros fundamentos para a revisão do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. **Revista Eletrônica da Faculdade Metodista Granbery**, Juiz de Fora, v. 01, p. 01-27, 2006. Disponível

em:<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25508-25510-1-PB.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2014.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Derechos prestacionales e interés público. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello.** Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 141-152.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio.** Traducción de Marta Guastavino. 2. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1989.

_____. **O império do Direito.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio.** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ELIAS, Maria Ligia Granado Rodrigues. **Democracia e participação política no novo republicanismo: um estudo sobre o pensamento de Philip Pettit.** 2008. 112 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Curso de Pós-Graduação em Sociologia Política da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.

EMERIQUE, Lilian Balmant. Neoconstitucionalismo e interpretação constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, v. XLVIII, n. 1 e 2, p. 353-394, 2007.

ESCOLA, Héctor Jorge. **El interés público como el fundamento del Derecho administrativo.** Buenos Aires: Depalma, 1989.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática**

constitucionalmente adequada. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ÊXODO. In: **A BÍBLIA SAGRADA.** Tradução ecumênica. São Paulo: Paulinas, 2002.

FALDINI, Cristiana Corrêa Conde. A constitucionalização do Direito Administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2010, p. 261-277.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro.** v. I, 4. ed. Porto Alegre: Globo, 1977.

FARIA, José Eduardo. Antinomias jurídicas e gestão econômica. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política,** São Paulo, n. 25, p. 167-184, abr. 1992.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principalista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 13-56.

_____. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal.** 4. ed. Madrid: Trotta, 2000.

_____. **Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia.** Madrid: Trotta, 2006.

_____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** Madrid: Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Conceito de sistema no Direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

_____. Interesse público. **Revista do Ministério Público do Trabalho da 2ª Região**, São Paulo, n. 1, p. 09-20, 1995.

FIALHO, Andrea Cristina de Souza. A reforma do Estado e os novos paradigmas do controle da Administração Pública. In: SILVA, Maria Teresinha Pereira; ZANOTELLI, Maurício (Coord.). **Direito e Administração Pública: por uma hermenêutica compatível com os desafios contemporâneos**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 63-80.

FIGUEIREDO, Cláudio Eduardo Regis de. **Administração gerencial & a reforma administrativa no Brasil**. 1. ed. 7. tir. Curitiba: Juruá, 2008.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. Direito fundamental à boa administração pública e o reexame dos institutos da autorização de serviço público, da convalidação e do “poder de polícia administrativa”. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 311-334.

_____. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político**. Barueri: Manole, 2003.

_____. **O jardim e a praça para além do bem e do mal: uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social**. 2009. 396 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do Direito Administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Administrativo e**

interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 155-201.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Tradução de Flávio Paulo Meurer. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

_____. **Verdade e Método II: complementos e índice.** Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.

GALÁN Y GUTIÉRREZ, Eustaquio. **La filosofía política de Sto. Tomás de Aquino.** Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1945.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião de promessas.** Tradução de Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARCIA AMADO, Juan Antonio. Tópica, Derecho y método jurídico. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 04, p. 161-188, 1987.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. **Democracia, jueces y control de la Administración.** 4. ed. Madrid: Civitas, 1998.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tamás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo.** Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. La teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s).** Madrid: Trotta, 2003, p. 159-186.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Coord.). **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli.** Madrid: Trotta, 2005.

GAVAZZONI, Antônio Marcos; MARCELLINO JR., Julio Cesar (Org.). **Constituição, Estado e Garantismo Jurídico: diálogos cruzados.** São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

GÊNESIS. In: **A BÍBLIA SAGRADA**. Tradução ecumênica. São Paulo: Paulinas, 2002.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

GOETHE, Johann Wolfgang von. **Fausto**. Coleção A Obra-Prima de cada Autor. São Paulo: Martin Claret, 2002.

GONZAGA, João Bernardino. **A inquisição em seu mundo**. 8. d. São Paulo: Saraiva, 1994.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 146.

_____. Nota sobre os conceitos jurídicos. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano 18, n. 74, p. 217-221, abr./jun. 1985.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da Modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

GUEDES, Demian. A presunção de veracidade e o Estado democrático de direito: uma reavaliação que se impõe. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 241-266.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do Direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001.

GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 49-73.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para uma**

interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.

Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. v. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Para a reconstrução do materialismo histórico.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

_____. **Um ensaio sobre a Constituição da Europa.** Tradução de Marian Toldy e Teresa Toldy. Coimbra: Almedina, 2012.

HARGER, Marcelo. A declaração de inconstitucionalidade de leis e ilegalidade de atos infranormativos por tribunais administrativos. In: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (Org.). **Processo Administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99.** São Paulo: Atlas, 2011, p. 141-158.

_____. A discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 765, p. 11-36, out. 1998.

_____. Reflexões iniciais sobre o princípio da eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 151-161, jul./set. 1999.

HAUSER, Ester Eliana. O ideal democrático no pensamento político de Jean-Jacques Rousseau. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Introdução à história do pensamento político.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 165-181.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito.** Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado.** Tradução de Lycurgo da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HOBSBAWM, Eric J. **A era das revoluções: 1789-1848**. Tradução de Marcos Penchel e Maria L. Teixeira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009.

_____. **Da revolução industrial inglesa ao imperialismo**. Tradução de Donaldson Magalhães Garschagen. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

_____. **Era dos extremos: o breve século XX (1914-1991)**. Tradução de Marcos Santarrita. 2. ed. 26. tir. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JAEGGER, Werner. **Paidéia: a formação do homem grego**. Tradução de Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

JOÃO. In: **A BÍBLIA SAGRADA**. Tradução ecumênica. São Paulo: Paulinas, 2002.

JOÃO XXIII, Papa. **Carta Encíclica *Pacem in Terris***. Vaticano, 1963. Disponível em:

<http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem_po.html#_ftn36>. Acesso em: 26 out. 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 26, p. 115-136, 1999.

_____. O Direito Administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 65-85.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua: um projecto filosófico**. Tradução de Artur Morão. Covilhã: LusoSofia – Biblioteca Online de Filosofia e Cultura, 2008, p. 03-53. Disponível em:

<http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2014.

_____. **Crítica da razão pura**. Tradução de Valerio Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

_____. **Doutrina do Direito**. Tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1993.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Coleção “Os Pensadores”. Tradução de Paulo Quintela. São Paulo, Abril Cultural, 1980.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

KISTEUMACHER, Daniel Henrique Rennó. A (in) constitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 9, n. 9, p. 292-311, jan./jun. 2011.

KONDER, Leandro. **A questão da ideologia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

_____. **O futuro da filosofia da práxis: o pensamento de Marx no século XXI**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

LEÃO XIII, Papa. **Carta Encíclica *Rerum Novarum***. Vaticano, 1891. Disponível em:

<http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html>. Acesso em: 03 jan. 2014.

LEITE, Gisele. Considerações sobre ativismo judicial, constitucionalismo e democracia. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, jan. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26337>>. Acesso em: 02 fev. 2014.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Reflexões em torno do princípio republicano. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 100, p. 189-200, jan./dez. 2005.

LIMA, Gabriel de Araújo. Teoria da supremacia do interesse público: crise, contradições e incompatibilidade de seus fundamentos com a Constituição Federal. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, p. 123-153, abr./jun. 2009.

LIXA, Ivone Morcilo. O sentido da política em Platão e Aristóteles. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Introdução à história do pensamento político**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 11-37.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Abril, 1978.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Traducción de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970.

LUCAS VERDÚ, Pablo. **Estado liberal de derecho y Estado social de derecho**. Madrid: Universidad de Salamanca, 1955.

LÜCHMANN, Lígia Helena Hahn; BORBA, Julian (Org.). **Orçamento participativo: análise das experiências desenvolvidas em Santa Catarina**. Florianópolis, Insular, 2007.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. Uma abordagem contextualizada da teoria política de Thomas Hobbes. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Introdução à história do pensamento político**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 93-134.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução de Maria Júlia Goldwasser. 3. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MARCELLINO JR., Julio Cesar. **Princípio constitucional da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito**. Florianópolis: Habitus, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade à luz da linha decisória da Suprema Corte estadunidense**. 2001. 292 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2001.

_____. O tempo e a política no pensamento de Maquiavel. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Introdução à história do pensamento político**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 67-92.

MATEUS. In: **A BÍBLIA SAGRADA**. Tradução ecumênica. São Paulo: Paulinas, 2002.

MATTOS, Samuel da Silva. Interpretação dos direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 09, n. 06, p. 183-193, dez. 2000.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 61-87.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. **Direito Administrativo moderno**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEILÁN GIL, José Luis. Intereses generales e interés público desde la perspectiva del Derecho Público español. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 65-88.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Discrecionalidade e controle jurisdicional**. 2. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. Legalidade, motivo e motivação do ato administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano 20, n. 90, abr./jun. 1989.

MELLO, Sérgio Cândido de. **Norberto Bobbio e o debate político contemporâneo**. São Paulo: ANNABLUME, 2003.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEZZAROBBA, Orides. **Introdução ao Direito Partidário brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. A reforma política e a crise de representatividade do sistema partidário brasileiro. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 27, n. 53, p. 95-112, dez. 2006.

MILL, John Stuart. **Utilitarismo**. Introdução, tradução e notas de Pedro Galvão. Porto: Porto Editora, 2005.

MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque**. vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 933-949.

_____. **Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais**. t. IV. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____. **Manual de Direito Constitucional: preliminares – o Estado e os sistemas constitucionais**. t. I. 6. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). **Tratado luso-brasileiro de dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 48, dez. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/343>>. Acesso em: 03 fev. 2014.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da argumentação jurídica e nova retórica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. **O espírito das leis**. Tradução Cristina Maracho. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de; KIM, Richard Pae (Org.). **Cidadania: o novo conceito jurídico e a sua relação com os direitos fundamentais individuais e coletivos**. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 571-592.

_____. **Quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MÜLLER, Friedrich. **Direito, linguagem, violência: elementos de teoria constitucional, I**. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

MUÑOZ, Guillermo Andrés. El interés público es como el amor. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 21-31.

NASPOLINI, Samuel Dal-Farra. **Pluralismo político: subsídios para análise dos sistemas político e eleitoral brasileiros em face da CF/88**. Curitiba: Juruá, 2006.

NEGRI, Antonio. **O poder constituinte: ensaios sobre as alternativas da Modernidade**. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NEQUETE, Eunice Ferreira. **Fundamentos históricos do princípio da supremacia do interesse público**. 2005. 238 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no Direito Administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 120-154.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de direito: do Estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito**. Coimbra: Almedina, 1987.

_____. Direitos como trunfos contra a maioria: sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais do Estado de direito democrático. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Org.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 80-113.

NUNES, Diego. Entre “O Príncipe” e a “Razão de Estado”: apontamentos sobre a arte de governar entre as obras de Maquiavel e Botero. **Revista Discente do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC**, Florianópolis, ano 1, n. 1, p. 126-145, jul./dez. 2008.

OLIVEIRA, Flávio Freire de. A responsabilidade estatal e os precatórios – a inefetividade das decisões condenatórias do Estado por política econômica e o regime de pagamento de precatórios após a Emenda Constitucional 62. In: SILVA, Maria Teresinha Pereira; ZANOTELLI, Maurício (Coord.). **Direito e Administração Pública: por uma hermenêutica compatível com os desafios contemporâneos**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 199-214.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. Administração Pública democrática e a efetivação dos direitos fundamentais. **Anais do Congresso Nacional do CONPEDI**, Brasília, p. 6802-6821, 2008. Disponível em:

<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/gustavo_justino_de_oliveira.pdf>. Acesso em 03 fev. 2014.

_____. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 209, p. 153-167, jul./set. 1997.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **Conceito de homem: mais humanista, mais transpessoal**. Ijuí: Editora Unijuí, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Presidencialismo de coalizão, um velho dilema brasileiro. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, mai. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-18/diario-classe-presidencialismo-coalizao-velho-dilema-brasileiro>>. Acesso em: 02 fev. 2014.

OLIVO, Luís Carlos Cancellier de. Aspectos de uma teoria política weberiana. **Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 21, n. 40, p. 121-139, jul. 2000.

ORWELL, George. **A revolução dos bichos: um conto de fadas**. Tradução de Heitor Aquino Ferreira. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo brasileiro? **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 220, p. 69-107, 2000.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2007.

PACHECO, Pedro Mercado. **El analisis economico del Derecho: una reconstruccion teorica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

PEREIRA, Américo. Da ontologia da “polis” em Platão. **Covilhã: LusoSofia – Biblioteca Online de Filosofia e Cultura**, p. 03-102, 2011. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/56971910/Pereira-Americo-Ontologia-Da-Polis-Em-Platao>>. Acesso em: 24 set. 2013.

PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual da Fazenda Pública em juízo**. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2008.

PERELMAN, Chaïm. **La lógica jurídica y la nueva retórica**. Traducción de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1979.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PEREZ LUNO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1994.

PIETROPAULO, João Carlos. **Limites de critérios econômicos na aplicação do Direito: Hermenêutica e análise econômica do direito**. 2010. 254 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

PILATI, José Isaac. Os interesses coletivos perante a legislação autoral individualista: perspectivas da sua tutela. **Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 27, n. 52, p. 163-182, jul. 2006.

PINTO, Maurício Morena. A noção de vontade geral e seu papel no pensamento político de Jean-Jacques Rousseau. **Cadernos de Ética e Filosofia Política do Programa de Pós-Graduação do Departamento de Filosofia da USP**, São Paulo, n. 7, p. 83-97, 2. sem. 2005.

PINTO, Ricardo Leite. Liberdade republicana e Estado constitucional. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. LXXXVI, p. 429-474, 2010.

PINZANI, Alessandro. Os demônios e as facções: Kant e Madison sobre paixões e instituições. **Crítica: Revista de Filosofia da Universidade Estadual de Londrina**, v. 11, n. 33, p. 131-152, 2006.

PISARELLO, Geraldo. Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales. **Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 15, p. 81-107, 2001.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

PLATÃO. **A República**. Tradução de Edson Bini. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2012.

PRIETO SANCHÍS, Luis. Constitucionalismo y garantismo. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Coord.). **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2005.

_____. **Sobre principios y normas: problemas del razonamiento jurídico**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, ano 7, p. 52-80, jan./mar. 1947.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse público: um conceito jurídico determinável. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 103-119.

RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Tradução Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista Interesse Público**, São Paulo, ano 1, n. 4, p. 23-48, out./dez. 1999.

ROCHA, Fernanda Bomtempo Valadares Guimarães de Lima. O controle da Administração Pública em espaço de interlocução processual extrajudicial como mecanismo de consensualidade. In: SILVA, Maria Teresinha Pereira; ZANOTELLI, Maurício (Coord.). **Direito e Administração Pública: por uma hermenêutica compatível com os desafios contemporâneos**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 245-254.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El interés general como categoría central de la actuación de las Administraciones Públicas. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe;

HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 33-63.

_____. El marco constitucional del Derecho Administrativo: el Derecho Administrativo Constitucional. **Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña**, Coruña, n. 15, p. 87-102, 2011.

RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Tripartição de Poderes na Constituição de 1988. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, ano 3, n. 11, p. 16-28, abr./jun. 1995.

ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a ciência do Direito: tópica, discurso, racionalidade**. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

ROSA, Alexandre Morais da. Complexo de MacGyver e os modelos de juízes (episódio 2). **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, nov. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-30/diario-classe-complexo-macgyver-modelos-juiz-episodio>>. Acesso em: 16 jan. 2014.

_____. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material: aportes hermenêuticos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law and Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROSA, Alexandre Morais da; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Complexo de MacGyver e os modelos de juízes (episódio 1). **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, nov. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-02/diario-classe-complexo-macgyver-modelos-juiz-episodio>>. Acesso em: 16 jan. 2014.

ROTHENBURG, Walter Claudius. A dialética da democracia: entre legisladores e jurisdição constitucional. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Org.).

Direitos humanos e democracia. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 429-440.

ROULAND, Norbert. **Nos confins dos Direito: antropologia jurídica da Modernidade.** Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social ou princípios de Direito Público.** Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 3. ed. 3. tir. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SÁ, Ana Paula Barbosa de. O poder constituinte originário e sua limitação material pelos tratados internacionais sobre direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 18, p. 01-24, 2010. Disponível em: <<http://www.revistadireito.uerj.br/artigos/OPODERCONSTITUINTEORIGINARIOESUALIMITACAOMATERIALPELOSTRATADOSINTERNACIONAISDEDIREITOSHUMANOS.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2014.

SAINZ MORENO, Fernando. **Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa.** Madrid: Civitas, 1976.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.** 7. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.** 6. ed. São Paulo, Cortez, 1999.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal.** 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: _____. **Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 13-43.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: _____. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 23-116.

_____. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: _____. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 113-146.

_____. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 97-143.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 217-242.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Traducción de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 2001.

SCHOLLER, Heinrich. O princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha. Tradução de Ingo

Wolfgang Sarlet. **Revista Interesse Público**, São Paulo, ano 1, n. 2, p. 93-107, abr./jun. 1999.

_____. Os ajustes necessários da democracia representativa. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Org.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 53-67.

SCHWANKA, Cristiane; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. A transação nos contratos administrativos: a juridicidade e a eficiência como fundamentos do poder-dever de a Administração Pública transacionar visando à resolução de conflitos contratuais. In: SILVA, Maria Teresinha Pereira; ZANOTELLI, Maurício (Coord.). **Direito e Administração Pública: por uma hermenêutica compatível com os desafios contemporâneos**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 215-244.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Nuno Castello-Branco Bastos. Coimbra: Almedina, 2009.

SEVEGNANI, Joacir. **A resistência aos tributos no Brasil: Estado e sociedade em conflito**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

SEWAYBRICKER, Luciano Espósito. **A felicidade na sociedade contemporânea: contraste entre diferentes perspectivas filosóficas e a Modernidade líquida**. 2012. 159 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

SICCA, Gerson dos Santos. **Discrecionalidade administrativa: conceitos indeterminados e aplicação**. Curitiba: Juruá, 2006.

SILVA, Almiro do Couto. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54. da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 33-75, 2004.

_____. Poder discricionário no Direito Administrativo brasileiro. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, ano 27, n. 57, p. 93-106, dez. 2003.

_____. Princípio da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de direito contemporâneo. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 11-31, 2004.

SILVA, Felipe Gonçalves. Iris Young, Nancy Fraser e Seyla Benhabib: uma disputa entre modelos críticos. In: NOBRE, Marcos (Org.). **Curso livre de teoria crítica**. Campinas: Papirus, 2008, p. 199-226.

SILVA, Frederico Rodrigues. **Abordagem crítica acerca do interesse público: uma visão Brasil-Portugal**. 2009. 51 f. Monografia da Disciplina de Direito Administrativo (Mestrado em Direito) – Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 115.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 1, p. 607-630, 2003.

SILVA, Michel Mascarenhas. A democracia moderna e o princípio republicano: uma imbricação necessária para a proteção do interesse público. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2950, jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19671>>. Acesso em: 29 jan. 2014.

SILVA, Vasco Pereira da. **O contencioso administrativo no divã da psicanálise: ensaio sobre as acções no novo processo administrativo**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

SILVEIRA, Daniel Barile da. Patrimonialismo e a formação do Estado brasileiro: uma releitura do pensamento de Sergio Buarque de Holanda, Raymundo Faoro e Oliveira Vianna. **Anais do Congresso Nacional do CONPEDI**, Manaus, p. 01-20, 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/Daniel%20Barile%20da%20Silveira.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2014.

SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno.**

Tradução de Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. 1. reimp.

São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional.** Traducción

de José Maria Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios

Constitucionales, 1985.

SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. **Interesse público, legalidade e**

mérito. Coimbra: Atlântida, 1955.

SOUSA, Antônio Francisco de. **Conceitos indeterminados no Direito**

Administrativo. Coimbra: Almedina, 1994.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. **Lições de Direito Administrativo.** v. I.

Lisboa: Pedro Ferreira Editor, 1995.

STAFFEN, Márcio Ricardo; CADEMARTORI, Daniela Mesquita

Leutchuk de. A função democrática do princípio do contraditório no

âmbito do processo administrativo disciplinar: aproximações entre Elio

Fazzalari e Jürgen Habermas. In: SILVA, Maria Teresinha Pereira;

ZANOTELLI, Maurício (Coord.). **Direito e Administração Pública:**

por uma hermenêutica compatível com os desafios contemporâneos.

Curitiba: Juruá, 2011, p. 23-39.

STRECK, Lenio Luiz. Diferença (ontológica) entre texto e norma:

afastando o fantasma do realismo. **Revista da Faculdade de Direito da**

Universidade de Lisboa, Lisboa, v. XLVI, p. 55-86, 2006.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica**

do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração**

hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria

do Advogado, 2013.

_____. Ministros do STJ não devem se aborrecer com a lei. **Revista**

Eletrônica Consultor Jurídico, São Paulo, jun. 2012. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2012-jun-07/senso-incomum-nao-aborrecam-lei-ministra-nancy-andrighi>>. Acesso em: 10 jun. 2012.

_____. Ontem, os Códigos; hoje, as Constituições: o papel da hermenêutica na superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (Org.). **Direito Constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Paulo Bonavides**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 521-561.

_____. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, mar. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>>. Acesso em: 16 jan. 2014.

_____. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativos para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012.

SZLEZÁK, Thomas Alexander. Platão e os pitagóricos. Tradução de Fernando Augusto da Rocha Rodrigues. **Archai: Revista de Estudos sobre as Origens do Pensamento Ocidental**. Brasília, n. 6, p. 121-132, 2011.

TAFARO, Sebastiano. La herencia de los *tribuni plebis*. **Revista General de Derecho Romano**, Madrid, n. 11, 2008.

TAVARES, André Ramos. Princípio da consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade do Homem. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, v. XLVII, n. 1 e 2, p. 313-331, 2006.

TAVARES, André Ramos; BUCK, Pedro. Direitos fundamentais e democracia: complementaridade/contrariedade. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (Org.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 169-186.

TAVARES, Diogo Ferraz Lemos. **A supremacia do interesse público e o Direito Tributário**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012.

TEIXEIRA, Evilázio. **A educação do Homem segundo Platão**. São Paulo: Paulus, 1999.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **O Antigo Regime e a revolução**. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

TOGNETTI, Eduardo. Atributos do ato administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 341-362.

TOMÁS DE AQUINO, Santo. **Suma Teológica**. t. VI. Madrid: B.A.C., 1956.

TORRES, Ricardo Lobo. A Constituição de 1988 e a teoria dos direitos fundamentais. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). **20 anos da Constituição cidadã: efetivação ou impasse institucional?** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 271-290.

_____. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VEDEL, Georges. **Derecho Administrativo**. Traducción de la 6ª edición francesa por Juan Rincón Jurado. Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980.

VELLUZZI, Vito. “Interpretación sistemática”: ¿un concepto realmente útil? – consideraciones acerca del sistema jurídico como factor de interpretación. Traducción de Amalia Amaya. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 21-I, p. 65-82, 1998.

VIANA, Ruth Araújo. O princípio da juridicidade e os princípios constitucionais como instrumentos para o controle eficaz dos atos administrativos discricionários. In: SILVA, Maria Teresinha Pereira; ZANOTELLI, Maurício (Coord.). **Direito e Administração Pública: por uma hermenêutica compatível com os desafios contemporâneos**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 119-148.

VIANNA, Luiz Verneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudencia**. Traducción de Luis Díez-Picazo Ponce de Leon. Madrid: Taurus, 1964.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 483-502.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora da UnB, 1999.

WHITE, Nicholas. **Breve história da felicidade**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Loyola, 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. O pensamento político medieval: Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino. In: _____. **Introdução à história do pensamento político**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 39-66.

_____. **Elementos para uma crítica do Estado**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1990.

_____. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho ductil: ley, derecho y justicia**. Traducción de Marina Gascón, Madrid: Trotta, 1995.

ZANOTELLI, Maurício. A compreensão dos direitos humanos com condição de possibilidade para interpretar o Direito Administrativo: um vir-à-fala hermenêutico. In: SILVA, Maria Teresinha Pereira; ZANOTELLI, Maurício (Coord.). **Direito e Administração Pública: por uma hermenêutica compatível com os desafios contemporâneos**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 41-62.